

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO



TESIS DOCTORAL

Un nuevo paradigma disruptivo en la cooperación internacional contra el fraude fiscal: Los modelos FATCA y CRS y su aplicación en las instituciones financieras españolas.

Doctorando: DANIEL CORONAS VALLE


Directora: Dra. MAGDALENA MARTÍN MARTÍNEZ

MÁLAGA, 2019



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: Daniel Coronas Valle

 <https://orcid.org/0000-0001-7918-2588>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización
pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA



Vicerrectorado Estudios de Posgrado
Servicio de Posgrado y Escuela de Doctorado

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

D./Dña DANIEL CORONAS VALLE

Estudiante del programa de doctorado DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES de la Universidad de Málaga, autor/a de la tesis, presentada para la obtención del título de doctor por la Universidad de Málaga, titulada: **UN NUEVO PARADIGMA DISRRUPTIVO EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL FRAUDE FISCAL: LOS MODELOS FATCA Y CRS Y SU APLICACIÓN EN LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS ESPAÑOLAS**

Realizada bajo la tutorización de y dirección de MAGDALENA MARTÍN MARTÍNEZ (si tuviera varios directores deberá hacer constar el nombre de todos)

DECLARO QUE:

La tesis presentada es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, conforme al ordenamiento jurídico vigente (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo.

Igualmente asumo, ante a la Universidad de Málaga y ante cualquier otra instancia, la responsabilidad que pudiera derivarse en caso de plagio de contenidos en la tesis presentada, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En Málaga, a 21 de ABRIL de 2020

Fdo.: DANIEL CORONAS VALLE



EFQM AENOR



Edificio Pabellón de Gobierno. Campus El Ejido.
29071
Tel.: 952 13 10 28 / 952 13 14 61 / 952 13 71 10
E-mail: doctorado@uma.es



AGRADECIMIENTOS

He de reconocer que poner el punto final a un trabajo de más cuatro años de duración y casi 10.000 horas de investigación resulta al tiempo gratificante y complejo.

Este punto final determina una etapa vital con un balance netamente positivo y reafirma mi compromiso con el Derecho y la Regulación, aspectos a los que he dedicado gran parte de mi trayectoria.

En buena medida mi trabajo profesional como directivo en una Entidad Financiera española ha guiado el contenido inicial de nuestra pretensión e hipótesis de partida. Desde ese ámbito comenzó mi contacto con lo que entonces era un borrador o proyecto legislativo en Estados Unidos de Norteamérica, allá por el año 2012. Partiendo de aquella responsabilidad he podido liderar la implantación de FATCA y CRS en un banco nacional, tomando contacto directo con los reguladores y con el resto del sector.

Desde el plano personal son numerosas e inabarcables las personas que debería citar por lo que, en descargo de olvidos, solicito la comprensión de todos aquellos que no se vean reflejados en estas líneas.

En primer lugar quiero dejar constancia de mi gratitud a la directora de este trabajo, Magdalena Martín Martínez, catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Me permitió siempre investigar libremente y sin cortapisas, diseñar un índice razonable y sostuvo en todo momento una actitud constructiva hacia mis escritos. Su guía y su consejo estuvieron siempre presentes. De igual manera, nunca descuidó un afectuoso interés por mi faceta personal y familiar.

Una mención especial debo hacer en la persona de Yolanda García Calvente, catedrática de Derecho Financiero y Vicerrectora de esta Universidad. Su inagotable ánimo, no exento de optimismo, y su firme pero sutil apoyo han resultado absolutamente esenciales, de manera específica, durante la fase de depósito, defensa y lectura de esta tesis.

En la fase de corrección del manuscrito completo quiero mencionar singularmente a Juan Francisco Domínguez Jiménez. Ha soportado estoicamente los retoques, cambios y ajustes que decidí y nunca se desalentó ante los mismos.

Esta Tesis está merecidamente dedicada a mis padres. Ellos siempre me han apoyado a lo largo de mi vida. Su impulso, su confianza en cada etapa de mi camino, que he compartido con ellos, ha significado todo para mí. Han estado cerca, han creído en mí y en mis posibilidades académicas, profesionales y personales más allá de la duda razonable. El amor y el cariño recibido de ellos es, sin lugar a dudas, mi mayor patrimonio y no habrá tiempo suficiente ni tesis alguna que pueda compensar sus

desvelos. Espero que con esta, al menos, quede constancia de mi gratitud ilimitada. Son mi referencia a seguir como personas íntegras y padres ejemplares.

Un tanto de lo mismo he de extender a mi hermana Paula, pianista y doctora en Comunicación. Su experiencia, su tenacidad y su sutil elegancia me han guiado firmemente en este recorrido.

De igual manera he de mencionar a mis hijas. Ellas han visto crecer el texto al tiempo que yo las he visto crecer a ellas y si algo mi tiempo les ha restado es este lugar apropiado para pedirles disculpas. Justo es reconocer su paciencia en largas tardes y noches de lectura y escritura mientras Victoria revisaba pacientemente y Carmen insertaba y perfeccionaba gráficos “imposibles” con evidente acierto.

Siempre he conferido a la transmisión del conocimiento (financiero) un lugar relevante en mi estudio. Si de transmisión y bagaje hablamos quiero tener un recuerdo para los dos profesores que más huella han dejado en mí.

Desde mis comienzos en la Enseñanza Pública, guio mis pasos D. José Ramos Cabello, un maestro de vida, cuyo ejemplo aún perdura en mí. Su pasión y su incomparable docencia representan lo mejor del profesorado. Su calidad humana solo podía verse superada, si es posible, por las magistrales clases de Historia que impartía con un sentido de la ecuanimidad del que hoy estamos tan faltos.

En la Universidad de Málaga tuve la suerte de recibir clases de grandes docentes. Uno de ellos destacaba para mí sobre el resto. Su innata capacidad didáctica para explicar resultaba proverbial. Su empleo del lenguaje me dejaba expectante por su siguiente clase, ratificando mi vocación jurídica. Catedrático de Derecho Internacional Público, de gran preparación técnica, era al tiempo un contertulio brillante y proverbial dominio de la esgrima dialéctica. Este es mi recuerdo de D. Alejandro Rodríguez Carrión.

Del mismo modo mi tío Juan María Coronas, hombre de Letras como él se definía, inoculó en mí la pasión por los libros. Hoy estaría legítimamente orgulloso de contemplar este paso en mi trayectoria. Debo mucho de lo que soy a esa pasión compartida.

De igual manera estaría razonablemente satisfecho mi otro tío Antonio Valle, otrora Vicerrector de Investigación en esta Universidad. Su exigencia y su seriedad, no exentas de ironía vital, han sido elementos precisos estos años pacientes de profundización. Estoy convencido que contaría hoy con su crítica certera. El testigo de su apoyo y de su aliento permanente lo recoge hoy, brillantemente, su hermano Victorio Valle, insigne economista, maestro de maestros y Doctor Honoris Causa por la Universidad malacitana.

Finalmente, pero no menos importante, he de mencionar en este recorrido a una persona muy especial, Cristina, que aportó luz en la oscuridad. Sé que le debo algo más que una dedicatoria, más tiempo habrá....

OBSERVACIÓN PRELIMINAR

El texto inicial de esta Tesis fue depositado el 17 de diciembre de 2019 en la plataforma DAD del Servicio de Doctorado de la Universidad de Málaga. Simultáneamente se depositó un ejemplar en papel en la Secretaría de la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

Posteriormente, una vez obtenidos los preceptivos informes de los evaluadores externos, ambos han validado el contenido inicial sin proponer cambio alguno.

Por consiguiente, el trámite administrativo relativo a la Lectura y Defensa del manuscrito ha consumido casi 4 meses.

Así pues, como consecuencia de las limitaciones derivadas de la inmediatez de las regulaciones más recientes, y en aras a la completitud del marco normativo estudiado, debemos advertir que quedan al margen de estudio los últimos cinco meses transcurridos desde el depósito inicial.

Ello no obsta para que con vistas a su publicación ulterior obviamente se procederán a realizar las oportunas actualizaciones.

Málaga a 16 de abril de 2020.

ÍNDICE

Introducción y Metodología.....	10
Abreviaturas y siglas	22
Gráficos	27
 CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS Y CONCEPTUALES: LAS RELACIONES ENTRE FRAUDE, ELUSIÓN FISCAL Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL	 28
 1.1 Introducción	 28
1.2 Consideraciones básicas	32
1.2.1 Aproximación al concepto de fraude fiscal	32
1.2.2 Evasión frente a elusión fiscal.....	43
1.2.3 Principios normativos rectores e instrumentos jurídicos en la lucha contra el fraude fiscal	45
1.2.3.1 La Doble imposición	50
1.2.3.2 Fuente y Residencia fiscal	58
1.2.4 El necesario papel de los Estados en la lucha contra el fraude fiscal. Los pilares del fraude fiscal	68
1.2.4.1 El secreto bancario	69
1.2.4.2 Paraísos fiscales.....	72
1.2.4.2.1 Terminología.....	72
1.2.4.2.2 Evolución y diferencias	73
1.2.4.2.3 Listados: El nuevo concepto de paraíso fiscal	87
1.2.4.3 Blanqueo de capitales	102
1.2.4.3.1 Blanqueo de capitales en la cooperación internacional	102
1.2.4.3.2 Blanqueo de capitales en la legislación española.....	109
 1.3 El papel de las Organizaciones Internacionales en la cooperación internacional. La producción normativa específica para el intercambio de información. Implicaciones e intersecciones.	 118
1.3.1 Naciones Unidas.....	119
1.3.2 G20	120
1.3.3 Consejo de Europa y OCDE	121
1.3.4 UE.....	128
1.3.4.1 La OLAF.....	141

1.4 La irrupción de nuevos actores en la lucha contra el fraude fiscal	145
1.4.1 Reguladores.....	145
1.4.1.1 El Banco de Pagos Internacionales (BIS)	145
1.4.1.2 La Autoridad Bancaria Europea (EBA).....	146
1.4.2 Instituciones Financieras.....	151
1.4.2.1 Ley Sarbanes-Oxley	152
1.4.2.2 Ley Dodd-Frank	157
1.5 Conclusiones	162

CAPÍTULO II. MARCO LEGAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL. 168

2.1 Introducción	168
2.2 Instrumentos Normativos Internacionales contra el fraude fiscal	176
2.2.1 Los Convenios de Doble Imposición (CDI)	179
2.2.1.1 El intercambio de información en los CDI	181
2.2.2 Los Acuerdos de Intercambio de Información (AII).....	182
2.2.2.1 Definición y tipologías	182
2.2.2.2 La práctica española sobre AII.....	185
2.2.2.3 El Acuerdo entre Autoridades Competentes sobre Intercambio automático de información de cuentas financieras	186
2.2.2.4 Antecedentes del Intercambio de Información Tributaria	191
2.2.2.4.1 Treaty Relief Compliance Enhancement (TRACE).....	191
2.2.2.4.2 RUBIK.....	195
2.2.2.4.3 Qualified Intermediary (QI).....	198
2.3 El Intercambio automático de información: FATCA y CRS como modelos de cooperación internacional.....	204
2.3.1 FATCA	207
2.3.1.1 Orígenes y evolución	207
2.3.1.2 Críticas a FATCA.....	210
2.3.1.3 Consideraciones generales para el cumplimiento de FATCA	211
2.3.1.4 Consideraciones específicas para la aplicación de FATCA en España: El IGA entre España y EEUU.....	219
2.3.1.5 Aplicación de FATCA por las Instituciones Financieras Españolas	222
2.3.1.5.1 Normas para revisión de productos y clientes	222
2.3.1.5.2 Normas para Reporting.....	240
2.3.2 CRS.....	255
2.3.2.1 Orígenes y evolución.....	255
2.3.2.2 El Manual de la OCDE para aplicación de CRS	257

2.3.3 El marco normativo de FATCA y CRS en España	272
2.3.4 Las Directivas de la UE sobre fraude fiscal e intercambio de información tributaria: Evolución y aplicación en España	310
2.4 Conclusiones	348

CAPÍTULO III. DERECHOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL FRAUDE Y LA ELUSIÓN FISCAL

354

3.1 Introducción	354
3.2 Marco regulatorio	360
3.2.1 El estado de la materia en la OCDE	360
3.2.2 Unión Europea	368
3.2.2.1 Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo de 24 de octubre de 1995 y el Acuerdo <i>Safe Harbour</i>	368
3.2.2.2 Reglamento CE 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000 y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD)	379
3.2.2.3 Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016	391
3.2.2.4 El <i>SWIFT Agreement</i>	400
3.2.3 España: Ley Orgánica de Protección de Datos y su desarrollo	405
3.3 Jurisprudencia.....	414
3.3.1 Caso 362/14 (Max Schrems).....	414
3.3.2 Caso 131/12 (Google Spain).....	419
3.3.3 Caso 25/17 (Jehovan todistajat)	427
3.4 La figura del <i>whistleblower</i> en el marco jurídico internacional de la protección de datos y del intercambio de información tributaria	429
3.5 La relación entre el intercambio de datos tributarios y la financiación del terrorismo	439
3.6 Conclusiones	460

CAPÍTULO IV. LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

464

4.1 Introducción	464
4.2 Reformas tributarias significativas sobre fraude fiscal en el ordenamiento jurídico español tras FATCA y CRS	464

4.2.1 Normas generales	465
4.2.1.1 Ley General Tributaria y su desarrollo y Ley de Prevención del Blanqueo Capitales y su desarrollo	465
4.2.2 Normas específicas	469
4.2.2.1 Ley 7/12 contra el Fraude Fiscal	469
4.2.2.1.1 El modelo 720	472
4.2.2.1.2 La Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional (ONFI)	475
4.2.2.1.3 Los Planes de Control Tributario de 2013 a 2018.....	477
4.2.3 El Anteproyecto de Ley contra el fraude fiscal para combatir las nuevas formas de evasión	502
4.3 Un caso práctico: La implantación de un Plan de Cumplimiento normativo sobre CRS en una institución financiera española.....	505
4.4 Fiscalidad y Ética. Moralidad de los impuestos	509
4.1 Conclusiones	527
 CONCLUSIONES	 530
 BIBLIOGRAFÍA	 544

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

1. Introducción

Actualmente el fraude fiscal es un fenómeno característico de las sociedades desarrolladas occidentales, constituyendo un problema de magnitudes notables. Según estimaciones de la Unión Europea (UE) en 2013, el volumen del fraude fiscal en su territorio supera el billón de euros.

Para combatir el fraude fiscal internacional es decisiva la cooperación internacional multilateral. Esa cooperación, entendida como la colaboración eficaz entre diversas administraciones de diferentes jurisdicciones, puede darse, desde un plano teórico en diversas materias. Se articula a través de la firma de tratados y otros instrumentos jurídicos si bien en esta tesis pondremos el acento en la cooperación internacional relativa al intercambio automático de datos tributarios. Consideramos que precisamente este intercambio es una de las vanguardias de la cooperación internacional y que ha servido, y está sirviendo, para ensayar y testar nuevos caminos legislativos y de producción normativa entre los Estados. De tal suerte, la OCDE alumbró el *Common Reporting Standard* (CRS), inspirado en la normativa *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) de Estados Unidos y la UE lo ha adaptado a través de la Directiva 2011/16/UE, modificada por la Directiva 2014/107/UE¹. Al comenzar a preparar esta tesis llamó espacialmente mi atención cómo en el transcurso de escasos seis meses el número de firmantes de los acuerdos en el seno de la OCDE aumentaba vertiginosamente, incrementándose desde los cincuenta y uno iniciales a los más de cien países y territorios actuales². Parece lógico concluir, por tanto, que un nuevo paradigma irrumpe en la cooperación internacional afectando a las relaciones entre los actores del sistema financiero internacional. De igual manera puede constarse como la lucha contra el fraude y la evasión fiscal adquiere relevancia especial entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo. Esta será la hipótesis central que pretendemos verificar a lo largo de nuestro trabajo.

Aunque algún sector doctrinal ha señalado que las políticas e instrumentos empleados en la lucha contra la evasión y la elusión fiscal internacional no han sido (del todo) eficaces, sostenemos que tras la irrupción de FATCA y CRS la situación ha cambiado radicalmente.

El significativo número de jurisdicciones que han ratificado estas nuevas regulaciones así como la celeridad al suscribir estos acuerdos, aporta una idea de la singularidad del

¹ Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad.

² Ciento cinco países se han comprometido mediante firma con el intercambio automática de información según la web de la OCDE, <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/MCAA-Signatories.pdf> (último acceso 17-5-19).

fenómeno ante el que nos hallamos (más profundo que pasajero debido en gran medida a los compromisos complejos y exigentes que los países y sus instituciones financieras asumen). De hecho, se precisan cambios técnicos y organizativos en las instituciones financieras (auténticos actores en la lucha contra el fraude tributario internacional) que quedan sujetas a un proceso de inspección fiscal más riguroso, tras la entrada en vigor de estos dos notables Acuerdos internacionales.

Si el mundo cambió tras el 11-S de 2001, el mundo financiero y tributario cambió radicalmente tras la crisis de 2007-08.

Para configurar un clima internacional de mayor confianza resulta imperativo actuar simultáneamente contra los territorios *off shore*: los paraísos fiscales, así como potenciar los Convenios de Doble Imposición, apostando decididamente por los Acuerdos de Intercambio de Información tributaria. Estos serán la palanca decisiva del cambio de tendencia. En tal sentido, un avanzado sector doctrinal considera que la evasión fiscal y el blanqueo de capitales son facetas de una conducta contraria a la Hacienda pública y contra la sociedad en general. Estudiamos estos fenómenos para verificar estos planteamientos.

Si una mayoría de Estados se compromete a aplicar y recopilar información fiscal de sus residentes y no residentes, estos datos podrán ser intercambiados en tiempo real, conociendo siempre cada Estado donde tributan sus nacionales y residentes, que productos financieros mantienen así como sus saldos y domicilios.

2. Objeto de la Tesis

Nuestro trabajo se vertebra sobre dos objetivos principales. De una parte, se aborda el estudio de las medidas legislativas bilaterales y multilaterales relativas al intercambio automático de información tributaria y su aportación en la lucha contra el fraude fiscal, y en especial, contra la elusión tributaria. El impacto de estas iniciativas legales sobre los mecanismos jurídicos de cooperación internacional cimentan el otro pilar de análisis de este trabajo. Estos dos son, por lo tanto, los objetivos principales de nuestra tesis. Sin embargo, ha de advertirse que no se pretende revisar de manera exhaustiva los estudios sobre políticas e instrumentos implantados con carácter previo a FATCA y CRS; bien al contrario, hemos seleccionado aquellas figuras jurídicas que consideramos antecesoras e inspiradoras de las dos ya citadas.

El rol preponderante que concedemos a la norma estadounidense FATCA queda justificado no solo por el peso específico del país en las finanzas internacionales, sino por su controvertida postura respecto del fraude y los paraísos fiscales, así como por hallar en FATCA el hito o punto de partida de un conjunto normativo de innegable impacto. Respecto a CRS, la OCDE concentra nuestros estudios, constatando mediante los mismos una tradición en la producción jurídica de este actor internacional. Debe resaltarse, de igual manera, el impulso de la Unión Europea y su apuesta decidida por atajar el fraude fiscal, significativamente en la última década pese a mantener instrumentos normativos notablemente remotos en el tiempo.

Los enfoques comparativos mencionados son predicables respecto de otros instrumentos jurídicos examinados; de tal suerte, se ha actuado con la prevención sobre el blanqueo de capitales y en mayor medida con la financiación del terrorismo. Este último fenómeno ha merecido un apartado específico dada su trascendencia y su complejidad al ubicarse en una intersección de materias de estudio: fraude fiscal, paraísos fiscales, secreto bancario, seguridad nacional y los derechos fundamentales de los ciudadanos. La legislación sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo supone una fuente de la que FATCA y CRS han bebido sustancialmente para posteriormente marcar distancias y evolucionar.

La enumeración de objetivos principales concluye con el seguimiento realizado sobre los estándares internacionales que representan FATCA y CRS para las instituciones financieras y el grado de disrupción que estos instrumentos normativos impone para impulsar cambios singulares en los procedimientos internos de estas y la afectación que se deriva para los ciudadanos.

Como objetivos secundarios, y necesarios para completar una visión óptima conformando un criterio científico, podemos citar el estudio y la evolución de los paraísos fiscales cuya etiología bien puede explicar razones de acciones e inacciones en el mundo de las finanzas y la política internacional.

El catálogo de objetivos de segundo plano no puede concluir sin citar los derechos (fundamentales) de los ciudadanos y su protección donde la Unión Europea sobresale por su marco de garantías frente a otros sistemas jurídicos. Así mismo debe mencionarse el estudio realizado sobre la moralidad de los tributos y, con todas las matizaciones, por nuestro origen profesional, la descripción respecto del cumplimiento normativo en una institución financiera española.

Al hilo de esta consideración, hemos tratado de identificar y examinar los rasgos resultantes del sistema fiscal internacional nacido tras el surgimiento de FATCA y CRS, enfatizando las actuaciones derivadas para instituciones financieras y contribuyentes, como sujetos protagonistas de las mismas. Hemos advertido la existencia de un cambio de estrategia en la forma de relación entre Estados, ciudadanos y organizaciones internacionales respecto del sector (privado) financiero.

En conexión con este enfoque, proceden algunas matizaciones sobre el ámbito de nuestra investigación. Este trabajo parte de la existencia de un marco jurídico internacional, así como de una fiscalidad internacional plenamente consolidadas. En tal sentido, nuestro enfoque se focaliza en el examen de los fallos del sistema tributario internacional comprobando si la aparición de FATCA y CRS ha venido a limitar sus deficiencias. Nuestra revisión se ha realizado cronológicamente si bien, reiteramos que nuestro interés singular se centra en las nuevas legislaciones anti fraude y la forma en que cambian las relaciones entre jurisdicciones y organizaciones internacionales, deteniéndonos en los Estados, las instituciones financieras privadas (especialmente las españolas) y los ciudadanos-contribuyentes.

En algunos pasajes de este trabajo hemos optado por un criterio cronológico, que aporta una visión evolutiva sólida y taxativa. En otros, por el contrario, nos hemos detenido en elementos sugerentes y precisos para nuestro objeto de estudio. Nuestro examen profundo integra por lo tanto la visión necesaria para mostrar los impactos más significativos en cada fase temporal.

De igual manera, ha de advertirse que en los capítulos I, II y III se ofrecen los epígrafes según su impacto (internacional y nacional), sistemática que sin embargo no se emplea en el capítulo IV, centrado esencialmente en proporcionar una visión regulatoria en nuestro país.

El tratamiento de las legislaciones anti-fraude fiscal presenta el año 2000 como año de referencia jurídica además de tipo político-social. De hecho, en la composición de nuestro trabajo, este año es un punto de partida en la medida en que resulta ser catalizador de actuaciones integradoras, siguiendo una dinámica de acción reacción interesante el devenir del estudio.

Los cambios y los retos que implican FATCA y CRS para todos los operadores jurídicos son revisados en detalle, constituyendo el verdadero hilo conductor de nuestro trabajo. Las conclusiones de estos cambios nos hacen otear profundas transformaciones en las relaciones de todas las partes en juego. FATCA ofrece soluciones prácticas y señala un camino (mejorable pero camino) poco transitado hasta su nacimiento. Un camino esperanzador para limitar y combatir la desigualdad tributaria.

Otra incógnita que tratamos de desvelar es el futuro y la evolución del intercambio automático de información tributaria tras la puesta en marcha de CRS. Trataremos de dar respuesta a esa incógnita mostrando las líneas maestras del intercambio de información (AEOI). La OCDE revisa y corrige constantemente el funcionamiento de la norma pero es posible, a nuestro juicio, intuir una regulación más ambiciosa y con mayor ámbito de actuación.

3. Metodología

La metodología que hemos empleado en este trabajo se encuentra contextualizada por la coyuntura de la crisis económica surgida en 2007 (incluso hunde sus raíces en circunstancias anteriores a 2007) y profundamente influida por las iniciativas multilaterales sobre intercambio automático de información originadas en la OCDE y la UE, sin olvidar la propuesta bilateral de origen norteamericano FATCA.

Lógicamente estudiamos la interrelación entre estos cauces de intercambio y los correspondientes ordenamientos internos y dedicamos especial atención al ámbito europeo y nacional, dentro del contexto de la actual globalización.

Se ha partido de una investigación cualitativa del entorno jurídico y político internacional, iniciando un trabajo de exégesis, que además de las propias normas, contiene, entre otras, vertientes económicas y sociales. En esta línea debemos señalar que esta tesis se centra en el Derecho Internacional y de la Unión Europea en todos sus

ámbitos y con mayor énfasis tributario si bien se precisa acudir, para completar un panorama integral de la situación a otras disciplinas como son la Ciencia Política, la Economía y la Sociología.

El análisis de contenidos legales nos conduce hacia una búsqueda y sistematización de fuentes primarias y secundarias con el fin de revisar el marco resultante de las políticas internacionales en la lucha contra el fraude fiscal en cualquiera de sus manifestaciones.

Para establecer un marco temporal hemos vertebrado el trabajo en el año 2001 (11-S) como punto de arranque, lo que nos permite comparar la situación jurídica antes y después de la crisis financiera de 2007, tanto en Acuerdos, Convenios, informes de organizaciones internacionales, así como otros hitos relevantes.

Al aplicar este método analítico, en contraposición con la realidad actual, se pretende mostrar la evolución del sistema financiero internacional y, en concreto, al ámbito del intercambio de información tributaria como método para luchar contra la evasión y la elusión fiscal.

Las similitudes y diferencias entre estos sistemas constituyen un polo importante de nuestra obra, orientada en todo caso a la aplicación de estas nuevas normativas por parte de las instituciones financieras y, en especial, las españolas.

Otra pretensión de nuestro estudio pivota sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos (contribuyentes) ante el intercambio de sus datos personales. La pretensión de esta investigación se centra en determinar si la producción jurídica auspiciada desde la OCDE (2002) y la UE puede ser generadora de un auténtico método estandarizado de intercambio de información tributaria, en su modalidad automática, propulsando una nueva forma de interrelación entre jurisdicciones y Autoridades Tributarias así como las posibles intersecciones entre estas normativas.

Nuestra investigación comienza con un enfoque cuantitativo (cifras sobre volúmenes de fraude internacional para ubicar la magnitud del problema) para esbozar lo que debe ser un enfoque cualitativo. El transcurso del tiempo permitirá, sin duda, valorar la adecuación y la operatividad de normas y regulaciones con tal señalado fin. En todo caso, la capacidad de corrección, a corto plazo, sobre normas vigentes es otro rasgo de esta capacidad legislativa que la lucha contra el fraude está trasladando al Derecho Internacional.

4. Estructura

Para escudriñar los problemas concernientes al fraude fiscal en su vertiente internacional hemos dividido este proyecto en cuatro capítulos y unas conclusiones finales.

A lo largo de los capítulos I y II expondremos el marco jurídico de las instituciones intervinientes en el fraude fiscal y aquellas figuras que delimitan el mismo. Trazamos una panorámica evolutiva de las actuaciones jurídicas de mayor relieve sobre nuestro

campo de estudio, que preludian el surgimiento de FATCA y CRS. Al tiempo se abordan los escollos que el estándar común de información ha tenido que ir solventando y perfeccionando.

Como punto de partida, en el capítulo I tratamos de explicar el origen del problema: el fraude fiscal en su vertiente internacional y los elementos que lo conforman. Nos ha parecido relevante abordar el asunto desde diversas perspectivas: legal, económica, política, sociológica, etc. Este enfoque transversal se reitera a lo largo de nuestro trabajo. Así mismo detallamos definiciones y diferenciaciones conceptuales. Ha de advertirse que no se pretende un análisis de los problemas de la evasión interna de los países.

En estas páginas iniciales profundizamos sobre el concepto de evasión y elusión tributaria, comprobando la fina línea que separa a ambas figuras en el marco de una fiscalidad internacional, que hasta el momento poco se ha ocupado de estos fenómenos. La situación hoy es radicalmente opuesta y estamos en el vórtice de una avalancha regulatoria internacional, con especial énfasis en remediar estas facetas del fraude tributario.

Una vez enmarcado el fraude fiscal, su importancia real, sus efectos en el contexto de la globalización económica y financiera y la revolución de las TICs, especialmente desde el origen de la crisis financiera de 2007, abordamos el marco general de la fiscalidad en relación a las operaciones internacionales. Los criterios para determinar la residencia fiscal de ciudadanos y empresas serán claves en la resolución del problema del fraude tributario. Cuando comenzamos esta tesis desconocíamos el papel tan relevante que juegan las empresas y sociedades en el entramado del fraude tributario con dimensión internacional.

Se estudian, así mismo, los Convenios de Doble Imposición (CDI) y la competencia fiscal perjudicial.

Las (evidentes) relaciones entre secreto bancario, paraísos fiscales, blanqueo de capitales y fraude vertebran buena parte de este capítulo I. Sus implicaciones, marcos legales y medidas correctoras al respecto se desarrollan a lo largo del mismo, hasta confluir en lo que denominamos una nueva etapa en la lucha contra el fraude fiscal, protagonizada por el nuevo rol conferido a los Estados y especialmente a las organizaciones internacionales, significativamente activas en este proceso de generación normativa.

A lo largo del capítulo II tratamos de exponer el núcleo central de este trabajo: el reforzamiento de las herramientas internacionales y la aparición de nuevos instrumentos normativos, alguno incluso revolucionario, así como la apuesta de los Estados, incluso de los tradicionalmente más reacios, a luchar contra la lacra mundial que genera una profunda desigualdad social.

En esa lucha constatamos una apuesta decidida por el intercambio de información tributaria, en su versión automática, como medio preferido de cooperación internacional.

Si bien es cierto que FATCA fue concebido como un instrumento unilateral (en su génesis) por la Administración norteamericana, se articula como propuesta bilateral frente a otros países e instituciones financieras que decidan adoptarla mediante la firma de diversas modalidades de Acuerdos sobre la base de modelos predefinidos por el Tesoro estadounidense. Por el contrario, CRS se articula la base de la cooperación multilateral entre jurisdicciones.

Los nuevos instrumentos están, en nuestra opinión, cambiando la forma en que los Estado se relacionan: el interés en la producción y el amplio consenso en su adopción y aplicación de estas normas no es sólo motivado por las circunstancias críticas que nos acucian. De tal suerte, sostenemos y tratamos de demostrar que podríamos hallarnos en la génesis de un sistema jurídico de producción normativa vertebrador, que amalgama aspectos del sistema jurídico continental (más propenso a las garantías) así como del sistema jurídico anglosajón (mayor enfoque al resultado y agilidad).

Nunca tantos países habían producido tanto (contra el fraude fiscal) en tan poco tiempo. Ni la cooperación internacional había tenido una expresión tan elevada.

Para el capítulo III hemos reservado los derechos y garantías que los ciudadanos mantenemos frente a las actuaciones estatales y supraestatales en este campo. No es jurídicamente válido luchar de cualquier manera frente al fraude, existen leyes y garantías que han de ser cumplidas, no solo por el Estado que las aplica, sino por todos los demás firmantes de un determinado Acuerdo Internacional. De tal suerte, tendrán acceso a una información sensible del ciudadano (y cliente bancario) que se halla en las distintas instituciones financieras de cada país. La homogeneización jurídica que confiere cobertura a esas garantías entre sistemas muy heterogéneos genera una dificultad que debe ser vencida.

Analizamos estos derechos a la luz de las últimas producciones jurídicas habidas en este campo, buscando posibles lagunas normativas.

Antes de la eclosión de los nuevos instrumentos en la lucha contra el fraude fiscal internacional, el cliente de una institución financiera no tenía costumbre de ser interpelado sobre su situación tributaria, su residencia fiscal y ciertos datos personales. Sin embargo, esta será la tónica dominante en los próximos años, siendo preciso contar un asesoramiento fiscal especializado en este sentido. La normativa será de obligado cumplimiento para todas las instituciones financieras españolas, europeas y del marco OCDE. La aspiración es que algún día pocos países queden fuera del alcance del nuevo marco normativo, no siendo tan aventurado pensar que esto sea una realidad a medio plazo, a juzgar por los avances en tan solo siete años (desde la publicación de FATCA), proviniendo de las tinieblas como punto de partida.

Dentro del capítulo IV se aborda la situación en España en la lucha contra el fraude fiscal. Una visión que incluye cifras y medidas así como una revisión de nuestro marco legislativo, que presenta ciertas deficiencias e incorrecciones, determinantes en una materia de tan difícil definición y apreciación jurídica como es la elusión fiscal. Cualquier resquicio de esta naturaleza es hábilmente utilizado por los defraudadores para tributar menos o no tributar nada.

El advenimiento de nuestra democracia y, especialmente, nuestra entrada en la UE han permitido situar a nuestro país al frente de la lucha contra el fraude fiscal en el contexto europeo (participación en el G5 de la UE) y mundial (G20 y OCDE), en un campo donde tradicionalmente se destacaba muy poco.

Pensamos que nuestro trabajo puede ganar en interés y resultar más completo si aportamos las experiencias profesionales (hasta donde nos es dado) y soluciones prácticas que hemos vivido y tomado en primera persona, aplicando nuevas leyes internacionales en esta materia que hemos visto evolucionar desde que eran simples borradores legislativos. La toma de decisiones para implantar normas de origen anglosajón en empresas de grandes dimensiones, sin demasiados referentes previos, ha sido, y es, un reto diario.

A lo largo del capítulo nuestra investigación concluye (desde la observación preliminar) que la regulación (financiera y de lucha contra el fraude fiscal) es suficiente y no debe hipertrofiar a los operadores ni ciudadanos debiéndose por tanto regular de manera más eficiente y siendo deseable, *de lege ferenda*, la aplicación normativa razonable con las debidas garantías jurídicas, consiguiendo que los grandes protagonistas de esa regulación, los bancos y aseguradoras, sepan manejar la ingente cantidad de información que procesan, obteniendo tras su análisis las conclusiones oportunas, y remitiendo a las Autoridades Tributarias los datos que procedan. Esa labor de aplicación normativa eficaz es determinante para el cumplimiento de las normas, que tratan de confluir con uno de los principios solidarios de la democracia real: mayor contribución económica a medida que el contribuyente dispone de mayor capacidad económica.

Adicionalmente, el citado capítulo examina ciertos aspectos de la progresividad tributaria, en la que, a priori, todos deberíamos estar de acuerdo, exigiendo rigor, compromiso, esfuerzo asumiendo costes, de todo tipo, pero, a nuestro entender, es irrenunciable si queremos mantener nuestro Estado social y de Derecho. No parece de recibo que los ciudadanos de a pie soporten una creciente presión fiscal, especialmente tras el estallido de la crisis financiera de 2007. En nuestra opinión, estos factores evidencian, hasta cierto punto, fallos del sistema que quiebran la solidaridad tributaria.

Las conclusiones finales cierran este documento e incluyen unas valoraciones críticas sobre la materia estudiada. Atisbamos dos ideas básicas como son por una parte, la conciencia actual de los Estados (y las jurisdicciones) y de la sociedad civil en general, sobre la magnitud del fenómeno que implica la necesidad de respuesta global en la lucha contra el fraude fiscal internacional y por otra, la aparición del intercambio automático de información tributaria como resorte de cambio, siendo el automatismo el

rasgo más relevante y novedoso frente iniciativas previas de éxito limitado. Un sector de la doctrina ya ha calificado como innovadora la tendencia del intercambio automático en pos de una mayor efectividad y un mayor equilibrio³.

5. Fuentes

Conviene resaltar que, debido al carácter extraordinariamente reciente de la mayoría de legislación surgida en la lucha contra el fraude fiscal internacional, las fuentes más usadas serán los propios textos legales (Convenios internacionales, Directivas comunitarias y documentos OCDE), junto a los escasos manuales y gran diversidad de artículos doctrinales, con destacada procedencia anglosajona. Es frecuente que gran parte de los materiales y textos se hallen sólo en formato electrónico y se encuentran disponibles a través de internet. Una lectura exhaustiva de la literatura jurídica al respecto nos ha conducido a un exiguo número de autores, tanto en el plano nacional como internacional. Algunos de ellos, y sus aportaciones, son tan recientes como las propias legislaciones estudiadas. Esta circunstancia no merma la calidad y profundidad, a nuestro juicio, de sus aportaciones doctrinales.

De igual manera disponemos de actas de congresos y jornadas de debate, en algunos casos con el propio legislador, que pueden esclarecer el devenir final de la norma y alumbrar al de interpretar y aplicar la misma. Por razones de confidencialidad no ha sido posible citar o aportar actas y documentos sectoriales concretos, siendo las referencias genéricas.

Merece mención la profusión de conversaciones con directivos de la banca española e internacional así como consultores y reguladores. Nuevamente la confidencialidad nos exige respetar su anonimato si bien las reflexiones a la que estas conversaciones nos han encaminado deben destacarse.

Por último, y no menos importante, se ha producido en nuestra argumentación un proceso consustancial al estudio cual es, la aplicación que por razones profesionales hemos tenido que afrontar dentro de una institución financiera. No podemos concebir mejor campo de pruebas que la realidad y el devenir diario para comprobar, sin vacilación, el alcance y la capacidad de buena parte de las conclusiones propuestas en esta Tesis.

6. Justificación e interés del trabajo.

Hemos de resaltar el carácter novedoso y por tanto original del objeto de estudio. A lo largo de nuestra investigación estudiamos la aportación de la *Foreign Account Tax*

³ COLLADO YURRITA M.A. y MORENO GONZALEZ S, (Coordinadores): “Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria”, Editorial Atelier, Barcelona 2012, pp. 83, 162 y 236.

Compliance Act (FATCA) así como la evolución surgida en el seno de la OCDE: el *Common Reporting Standard* (CRS).

Buscamos similitudes y diferencias así como los desarrollos de estos textos a lo largo de cientos de acuerdos internacionales para su aplicación en diversos países.

¿Qué aporta el CRS como último eslabón?

Al nacer en el seno de la OCDE, como organización internacional, su enfoque aspira a ser global.

Todos los Estados necesitan recaudar y todos los Estados necesitan demostrar a sus ciudadanos que están luchando eficaz y activamente contra el fraude fiscal.

Esta vertiente internacional del fraude fiscal tiene una importancia esencial para comprender este fenómeno así como la necesidad de actuaciones conjuntas de Estados y organismos internacionales. Los defraudadores cuentan con sólidas estructuras, información y un ejército de abogados y asesores fiscales, que bordean la legislación buscando la evasión fiscal. Tratan de hallar un resquicio legal para no pagar impuestos y suelen usar sociedades o cuentas en varias jurisdicciones para distraer o camuflar los saldos y los rendimientos al fisco correspondiente. Los ejemplos en nuestro país de conocidos políticos están en la mente de todos y ocupan a diario portadas de prensa.

Estos paraísos fiscales, territorios de baja o nula tributación, tal y como los cataloga la OCDE, son objeto de revisión anual mediante un sistema que confecciona listas. Se trata de situaciones que resultan anacrónicas y vergonzosas. Hoy la lista de paraísos fiscales de la OCDE se encuentra vacía.

El gran cambio operado en la sociedad occidental desde 2007 es la conciencia colectiva y estatal en la lucha contra el fraude fiscal internacional percibiendo que esa lucha es legítima, debiendo los Estados y organismos internacionales actuar conjuntamente para sellar grietas del sistema financiero internacional.

A nuestro entender herramientas como CRS son palancas para operar un cambio de tendencia y consideramos a FATCA un catalizador y a CRS una evolución. Ambas iniciativas marcan la defunción del secreto bancario.

Ambos instrumentos normativos persiguen la armonización jurídica mundial a través de la cooperación. Como medida de presión, se impone la exclusión financiera internacional de aquellos territorios y entidades no colaboradoras en el intercambio de información tributaria.

La gran aportación del CRS es la implantación de un estándar internacional común. Se manifiesta una naturaleza dinámica, un *moving target* constante en la creación de instrumentos normativos, un auténtico tsunami jurídico, donde no sólo la OCDE, el G20 y G8 intervienen sino también la UE, que algo tarde, se incorpora a esta batalla al publicar su Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014. Esta

Directiva modifica la 2011/167UE sobre obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad.

El futuro de la lucha contra el fraude fiscal internacional está en la utilización (intensiva y extensiva) conjunta de las iniciativas FATCA y CRS. No creemos que se fusionen en una plataforma conjunta pues sus etiologías son muy diferentes pero si es probable una nueva actuación normativa internacional para aunar, e incluso, profundizar y corregir ambas normativas.

De igual manera existen ya normas internacionales (borradores cuando comenzamos este Trabajo) sobre un nuevo tratamiento en la fiscalidad de empresas y la erosión de bases imponibles de las multinacionales en el seno de la UE, donde se lleva tiempo legislando en esa línea, sin olvidar la necesidad de la Comisión Europea en demostrar actuaciones frente a este fenómeno tan mediático. Esta deseable armonización fiscal europea debe aportar transparencia y evitar cuasi paraísos en su interior como, entre otros, Irlanda con un tipo impositivo medio sobre sociedades del 12%.

Mantenemos la tesis de que el CRS es un paradigma en la lucha contra el fraude fiscal internacional; Así utilizando criterios legales anglosajones y continentales, adoptando enfoques globales sobre el espíritu de la norma, CRS plantea un uso inteligente de la Información que tienen las instituciones financieras exigiendo una labor de exégesis sobre el cliente; por ello en este momento, más que nunca, el conocimiento del cliente (*Know Your Customer*) deviene decisivo. Por lo tanto una de las contribuciones del estándar común de información es limitar y reducir las asimetrías entre los diversos procedimientos estatales, previa a su aplicación por cada Autoridad Tributaria.

La conclusión más notable de nuestro estudio es que la coordinación de actividades y procedimientos de las jurisdicciones, una vez estandarizados, resulta esencial en la creación de una cultura de cooperación internacional tendente a la superación de obstáculos a través del intercambio automático de datos transfronterizo.

La coordinación internacional es el otro aspecto destacable que CRS trae a los Estados firmantes haciéndolo de una forma decidida ya que la norma no puede cumplirse parcialmente. Una vez obtenidos datos del cliente, estos estarán disponibles para su intercambio automático y los países firmantes del acuerdo podrán conocer la residencia, criterio básico, del ciudadano en cuestión; cada Estado podrá así saber dónde se encuentran sus nacionales así como el lugar dónde están tributando por sus rendimientos económicos y cuál es el importe de los mismos; Sin duda, y en un clic, un auténtico impacto en mundo tan habitualmente opaco como el de la banca internacional.

Sorprende, inicialmente, en cierta medida, que el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) apenas tengan producción jurídica en la lucha contra el fraude y la elusión fiscal. Tan sólo Naciones Unidas (NU) tiene una Convención Modelo sobre doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo. Esta Convención modelo (revisada en 2011) está en sintonía absoluta con el Modelo de

Convenio tributario sobre renta y patrimonio de la OCDE (Convención Modelo OCDE, revisado en 2010).

Nos hallamos ante una oportunidad histórica de mostrar a la opinión pública mundial un futuro esperanzador, una nueva era de la fiscalidad y gobernanza internacional factible en un mundo global, donde cada ciudadano contribuya, sobre la base de sus ingresos, su patrimonio y su consumo, soportando la adecuada presión fiscal.

Pensamos que lo lógico sería una evolución serena del sistema financiero mundial. Podría decirse que con actuar justo lo contrario de lo hecho hasta el momento sería suficiente, sin embargo, el defraudador tendrá siempre la iniciativa, por eso planteamos dificultar, sin menoscabo de derechos fundamentales, los movimientos defraudatorios mediante una nítida legislación internacional.

El reto es (y será) identificar e informar a la autoridad tributaria competente, que fluya la información hacia una mayor transparencia internacional. Sumar en aquello una, encontrando sinergias y colaborando activamente. El fraude fiscal internacional no tiene ideología y se equivoca quien así lo estudia o conceptúa.

Los Estados propiciaron, de diversas formas, las cloacas fiscales y corresponde, por tanto, a ellos dismantelarlas, o al menos limitarlas, pues los volúmenes de fraude se incrementan anualmente y de manera significativa desde el comienzo de la crisis financiera.

La OCDE y la UE se han percatado de la importancia de los acuerdos de intercambio automático de información tributaria como medio en la lucha contra el fraude residiendo la novedad en su evolución desde acuerdos de carácter bilateral hacia la multilateralidad.

En suma, tras finalizar nuestro estudio, constatamos que la comunidad internacional (Estados, jurisdicciones, organizaciones y organismos internacionales) ha optado por la vía inequívoca de potenciar el funcionamiento y la perfección de un instrumento jurídico de intercambio de datos con carácter uniforme en sus procedimientos y formas.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AEAT: Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

AEB: Asociación Española de la Banca.

AEOI: Automatic Exchange Of Information (Intercambio Automático de Información Tributaria).

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos.

AII: Acuerdos de Intercambio de Información.

AMAC: Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes.

AT: Administración Tributaria.

BCE: Banco Central Europeo.

BEPS: Base Erosion and Profit Shifting (Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios).

BIAC: Business and Industry Advisory Committee (Comité Consultivo Empresario e Industrial).

BIS: Bank for International Settlements.

BM: Banco Mundial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

C. de Europa: Consejo de Europa.

CAA Model: Competent Authority Agreement.

CBC: Country by Country (Informe País por País).

CCI: Centro de Cooperación Interbancaria

CCN: Common Communication Network (Red Común de Comunicación).

CDI: Convenio de Doble Imposición.

CE: Constitución Española.

CECA: Confederación Española de Cajas de Ahorros.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CFA: Committee on Fiscal Affairs.

CNAE: Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

CRS: Common Reporting Standard.

DAC (1, 2, 3...): Directive on Administrative Cooperation.

DEA: Drug Enforcement Administration.

DGT: Dirección General de Tributos.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

DPO: Data Protection Officer (Delegado de Protección de Datos).

DRF: Declaración de Residencia Fiscal.

EBA: European Bank Authority.

EIN: Employer Identification Number.

EIOPA: European Insurance and Occupational Pensions Authority.

ENFP: Entidad No Financiera Pasiva.

ESMA: European Securities and Markets Authority

FAQ: Frequently Asked Questions.

FATCA: Foreign Account Tax Compliance Act.

FFI: Foreign Financial Institution.

FISA: Foreign Intelligence Surveillance Act, 1978 (Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera).

FMI: Fondo Monetario Internacional.

FTA: Forum on Tax Administration (OCDE).

G20: Grupo de los 20 países económicamente más influyentes del mundo.

G5: Grupo de los 5 formado por los países UE de mayor peso: Alemania, Francia, Italia, España y Reino Unido.

GAAR: General Anti- Avoidance Rule.

GAFI (TAFT): Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (Financial Action Task Force on Money Laundering) Grupo de Acción Financiera Internacional.

GANUT: Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo.

GDPR (RGPD): General Data Protection Regulation (Reglamento General de Protección de Datos).

GIIN: Global Intermediary Identification Number.

GPEN: Global Privacy Enforcement Network (Red de Control de la Privacidad).

Grupo 29: Grupo independiente de trabajo sobre la protección de datos personales y la

privacidad en la UE.

HIRE Act: Hiring Incentives to Restore Employment, 2010 (Ley de Incentivos para Restaurar la Contratación). Introduce a FATCA.

IAI: Intercambio Automático de Información.

IBAN: International Bank Account Number.

IF: Institución Financiera.

IGA: Intergubernamental Agreement.

IRNR: Impuesto sobre la Renta de los No Residentes.

IRS: Internal Revenue Service (Autoridad Tributaria norteamericana).

IS: Impuesto de Sociedades.

ITIN: Individual Taxpayer Identification Number.

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

KYC: Know your customer (client).

LGT: Ley General Tributaria.

LOPD: Ley Orgánica de Protección de Datos.

MAB: Mercado Alternativo Bursátil.

MINHAP: Ministerio de Hacienda.

MLA Agreement: Mutual Legal Assistance Agreement (Acuerdo de Asistencia Judicial en materia Penal).

MUS: Mecanismo Único de Supervisión.

NSA: National Security Agency.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

OLAF: European Anti-Fraud Office.

OM: Orden Ministerial.

ONFI: Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional.

ONIF: Oficina Nacional de Investigación del Fraude.

ONU: Naciones Unidas.

PATRIOT ACT: Ley Patriótica norteamericana (2001).

PBCyFT: Prevención del Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo.

PIB: Producto Interior Bruto.

POC: Point of Contact.

PRISM: Nombre en clave de un programa de vigilancia electrónica activado por la NSA que reforma FISA, 2007. Monitorizaba comunicaciones de diversas compañías de internet como Google, Microsoft, Facebook o Apple.

QI: Qualified Intermediary.

RO: Responsible Officer.

RUBIK: Acuerdos bilaterales de intercambio de información que no incluyen datos personales de contribuyentes.

SEC: Securities and Exchange Commission.

SEPBLAC: Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

SEPD (EDPS): Supervisor Europeo de Protección de Datos (European Data Protection Supervisor).

SII: Suministro Inmediato de Información (IVA).

SPECIFIED US Person: Contribuyente norteamericano, ya sea persona física o jurídica.

SSN: Social Security Number.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

TFTP: Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la UE.

TIEA: Tax Information Exchange Agreement (Acuerdo de Intercambio de Información Tributaria).

TIN: Tax (payer) Identification Number.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRACE: Treaty Relief and Compliance Enhancement.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

UIF: Unidad de Inteligencia Financiera

US PERSON: Persona fiscalmente sujeta a tributación en EEUU (contribuyente norteamericano).

W8: formularios del IRS para auto-declaración del estatus fiscal de la persona física o jurídica.

W9: Formulario del IRS para auto-declaración del US person. Determina que su firmante es contribuyente norteamericano sujeto a FATCA e incluye el TIN.

XML: Extensible Markup Language.

GRÁFICOS

Gráfico 1. Elementos del Fraude Fiscal Internacional	43
Gráfico 2. Tabla Paraísos Fiscales 2016-2017	100/101
Gráfico 3. Rasgos de transferencias ilícitas en Blanqueo Capitales	109
Gráfico 4. Concentración bancaria depósitos en EEUU hasta 2009.....	162
Gráfico 5. Línea temporal FATCA Y CRS	191
Gráfico 6. ¿Qué es FATCA?	210
Gráfico 7. Due Diligence/Revisión impuesta por FATCA y CRS	240
Gráfico 8. ¿Qué es CRS?.....	255
Gráfico 9. Marco normativo de FATCA y CRS en España	310
Gráfico 10. Principales diferencias entre FATCA y CRS	347
Gráfico 11. Datos sobre clientes objeto de intercambio	360
Gráfico 12. Esquema implantación de plan cumplimiento normativo	509
Gráfico 13. Esquema Factores del Fraude Fiscal Internacional	543

CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS Y CONCEPTUALES: LAS RELACIONES ENTRE FRAUDE, ELUSIÓN FISCAL Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL

1.1 Introducción.

En la construcción y evolución del Derecho Internacional, y dentro del marco de la cooperación internacional entre Estados, FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) y CRS (*Common Reporting Standard*) se configuran inequívocamente, a nuestro juicio, en elementos señeros de una nueva actuación entre los Estados y sus ciudadanos e instituciones financieras.

Toda la herencia internacional del acervo normativo donde ambas iniciativas encuentran su raíz jurídica, denota la tensión existente entre información (no solo fiscal), datos y los Estados y su seguridad.

En la última década se ha actuado con mayor resolución en la lucha contra el fraude fiscal, impulsando la cooperación internacional, que a lo largo de largo de los dos siglos precedentes.

Una cultura de intercambio de información (previsiblemente apoyada en el *big data*) que no pierde de vista las necesarias garantías jurídicas sobre el uso de datos de los ciudadanos, es la expresión más nítida de un dinamismo estatal, sin duda espoleado por la presión social de la mayor crisis financiera de la Historia.

Efectivamente, la crisis ha suscitado interés y profundidad en la opinión pública sobre la tributación y la evasión fiscal. Existe una postura de rechazo hacia la misma en esa conciencia colectiva.

En este sentido, la disrupción que suponen FATCA y CRS trata de paliar el déficit existente hasta el momento, para sellar las grietas del sistema financiero mediante un uso intensivo de la cooperación internacional. Estas regulaciones, y las que sigan, son positivas y suponen un claro avance en la cultura financiera. A lo largo de este trabajo doctoral recorreremos no solo las instituciones sino las etapas evolutivas hasta llegar al intercambio pleno cuya culminación es, por ahora, el CRS.

Diversos factores han contribuido a alcanzar este resultado, destacando: la globalización; la digitalización y automatización de procesos (no solo financiero fiscales) el auge del mencionado clamor ciudadano; la relativa y discutible pérdida de poder estatal y la labor divulgativa e investigadora de una prensa libre y seria, que ha mantenido el foco de atención sobre una materia (fraude fiscal en todos sus vertientes), tratando de esclarecer las sombras de un mundo ajeno para la mayoría de los ciudadanos⁴.

Reconstruir el rastro del dinero oculto tras el fraude (la denominada “trazabilidad”) forma parte del ADN de cualquier iniciativa de lucha contra el fraude fiscal. Partiendo del secreto bancario como pantalla donde se han cobijado impunemente actuaciones delictivas, (figura bien diferente del sigilo bancario y las normas de confidencialidad sobre el cliente y el empleado bancario), hemos asistido a una desregulación del sector bancario y financiero sin precedentes (significativamente desde los años 80 y con origen en EEUU) que protegía a los bancos y donde el secreto lo era todo. El secreto como expresión máxima de la opacidad en la información.

En este contexto, solo la figura del *whistleblower* (denunciante o delator) que abordamos en el capítulo IV, puede oxigenar y portar información valiosa a los reguladores para desvelar mecanismos y procedimientos de actuación sobre los que basar leyes y controles que aporten transparencia al sector financiero, y por ende a la sociedad.

En los albores del siglo XXI hemos percibido, al fin, que las grietas fiscales benefician a quienes tienen grandes intereses. Todos los cambios que se implementen, por lo tanto, deben perseguir la estabilidad en el sector financiero y consecuentemente en los consumidores. Ha de admitirse, como opina FERGUSON⁵, que Estados y mercados financieros mantienen una relación simbiótica, en ocasiones perversa o, al menos, manifiestamente corregible, desde el plano de las desigualdades que puedan ocasionarse.

⁴ Si bien no toda la prensa se caracteriza por esta labor formativa y divulgadora, ni se halla entre sus funciones, se pretende en este punto recordar los valiosos hallazgos y revelaciones aportados por sectores de la prensa de investigación en vertientes financieras al destapar escándalos y tramas cuyo impacto ha motivado y presionado la irrupción de algunas iniciativas legislativas anti fraude.

⁵ FERGUSON, N.: “El triunfo del dinero”, Ed. Debate, Barcelona, 2013.

Hemos redoblado (y coordinado) esfuerzos sobre los paraísos fiscales, que a menudo son también simultáneamente paraísos judiciales, lo que les hace bastante más inexpugnables⁶.

Los sistemas de control contra el blanqueo de capitales han demostrado ser parcialmente ineficaces ya que gran de la información descubierta hoy tiene un origen mayoritario en la actuación de los delatores en vez de provenir de los sistemas de vigilancia contra el blanqueo instalados en las instituciones financieras.

El sistema de búsqueda de datos (el conocimiento del cliente) ha de ser dinámico, no estático, permitiendo búsquedas sofisticadas e inteligentes.

Numerosas veces a lo largo de la redacción de éste y los posteriores capítulos nos hemos cuestionado ¿por qué sabemos más de deporte que de economía si esta conlleva mayor utilidad y está más presente a diario en nuestras vidas? Quizás sea el momento recordar a PLATÓN⁷ en su obra inmortal “La República”: Sin transparencia impera la impunidad.

Tenemos la firme convicción de que con FATCA y CRS se ha avanzado en esa lucha y la sociedad y sus sistemas tributarios internacionales son un poco más justos y equitativos.

En términos evolutivos podemos, siguiendo la teoría de la evolución de los Derechos Humanos, realizar un recorrido cronológico y de contenido que demuestra la madurez en que se encuentra en este instante el combate contra el fraude tributario en la escena internacional. Así los derechos humanos de nuevo cuño (s. XXI) tienen sus raíces en la solidaridad (como palanca) que de manera globalizada se esboza ya en los años 70 al percatarse los Estados de la necesidad de la cooperación internacional frente a problemas globales como una respuesta coordinada.

⁶ GUTIÉRREZ DE PABLO, G.: “Análisis jurídico de los paraísos fiscales y medidas para evitar sus efectos” Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, 2015.

⁷ PLATÓN: “La República”, Traducción de Fernández-Galiano, M., Ed. Alianza, Madrid, 2013.

GÓMEZ ISA⁸ denomina al proceso donde necesidades cambiantes requieren respuestas efectivas y perspectivas novedosas, la globalización de los Derechos Humanos⁹ y esas mismas respuestas operan en el ámbito de nuestro trabajo: FATCA y CRS.

No estaríamos por lo tanto desacertados al señalar que FATCA y CRS abren un camino hacia la globalización de la cooperación internacional.

Del mismo modo parece posible realizar un paralelismo entre las etapas históricas en que se estructura la teoría de los Derechos Humanos:

1. Primera fase marcada por los antecedentes que abarca el periodo previo a 1945.

En el caso del fraude fiscal poco se había regulado internacionalmente.

2. Segunda etapa de consolidación donde se plasman iniciativas con un actor principal como es Naciones Unidas y que en nuestro ámbito ve nacer diversas organizaciones internacionales y supranacionales como la UE que tendrán un rol relevante.
3. Tercera etapa de generación de Derechos Humanos con iniciativas emergentes en la cual se produce la evolución hacia la transparencia¹⁰. Esta etapa (desde los años 70) registra un ritmo vertiginoso en la producción normativa con algunas etapas de estancamiento.

⁸ GÓMEZ ISA, F.: “La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI”, Gómez Isa, F. (director) y Pureza, JM., Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

⁹ La transparencia, no solo tributaria, ayuda a asegurar que los Estados apliquen conforme a Ley sus poderes. Al tiempo debe considerarse el acceso a la información como un derecho fundamental y por tanto su garantía es crucial para la dignidad e integridad de las personas. Abordaremos este enfoque a lo largo del capítulo III si bien en el II delimitaremos el contenido básico de la información de carácter tributario objeto de intercambio. Resulta de interés consultar al respecto BIRKINSHAW, P.: “*Transparency as a Human Right*” en “*Transparency, the key to a better Governance?*” HOOD, C. & HEALD, D. (Eds.), Oxford University Press, 2006.

¹⁰ Aunque podemos, a priori, considerar la transparencia un concepto de gobierno, se halla íntimamente vinculado al derecho fundamental de las personas físicas a acceder a información de interés público. Como veremos en el capítulo IV, Adam SMITH desarrolló esa idea de transparencia en su vertiente tributaria a través del principio de certeza siendo F. NEUMARK quien lo conceptualizó en su vertiente contemporánea al afirmar que el principio de transparencia tributaria exige que las leyes tributarias se estructuren de manera inteligible y sus disposiciones sean tan claras como precisas eliminando toda duda en el contribuyente, los funcionarios para alejar así la arbitrariedad en la liquidación y recaudación de impuestos. De esta forma puede consultarse NEUMARK, F.: “Principios de la imposición”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, pp.406 y ss.

En líneas generales se aprecia la conexión entre democracia, libertades fundamentales y desarrollo económico y social de los Estados. En ese desarrollo económico tiene cabida nuestro tema: la lucha contra el fraude y la desigualdad social que acarrea.

Buscando confirmar, entre otras, esta evolución en el Derecho y las iniciativas legislativas, planteamos nuestro estudio.

1.2 Consideraciones Básicas.

Antes de abordar los problemas e hipótesis de nuestro trabajo se hace preciso contextualizar los elementos esenciales que conforman el campo de estudio. En el mismo abundan las especialidades y confluyen dos mundos jurídicos bien diferenciados. De una parte el sistema jurídico continental y de otra el anglosajón. De la relación entre ambos, las sinergias entre los mismos y la voluntad de entendimiento de estos depende, en buena medida, que el fraude fiscal (en todas sus vertientes y expresiones) disminuya y que los sistemas tributarios sean más eficientes, y por consiguiente, más justos. En tal sentido, vamos a estudiar los elementos fundamentales del sistema tributario así como instituciones y figuras jurídicas relevantes en nuestra tesis.

1.2.1 Aproximación al concepto de fraude fiscal.

El fraude fiscal es una materia tributaria de amplia y reciente regulación que está sufriendo una fuerte revisión a la luz de la situación de crisis mundial que vive la economía global. Mediante esa regulación no se trata tan solo de recaudar más y mejor sino de que se produzca una recaudación que contribuya a un sistema más equitativo que coadyuve a mantener estándares del Estado de Bienestar de cuyo disfrute gozamos actualmente en gran parte de mundo occidental¹¹.

En el contexto global, la interacción de soberanías tributarias diferentes con criterios fiscales distintos plantea la necesidad de reconsiderar las relaciones internacionales.

¹¹ Algún sector doctrinal ha ido más lejos al respecto al señalar que “la lucha contra el fraude fiscal, particularmente, en su vertiente internacional, no puede ser vista exclusivamente como una cuestión de justicia, de equidad o un medio expeditivo para allegar ingresos, sino también, y primordialmente, como una herramienta necesaria para facilitar el funcionamiento de la economía, potenciando su estabilidad, mejorando su seguridad y la transparencia de los mercados y reforzando, en última instancia, la cohesión social ínsita en el modelo de Estado social y democrático de Derecho que plantea nuestra Constitución, como meta, artículo 1.1” en CARBAJO VASCO, D.: “Objetivos y medidas en la lucha contra el fraude fiscal desde una perspectiva internacional” <http://www.euskadi.eus/web01-2reveko/es/k86aEkonomiazWar/ekonomiaz/downloadPDF?R01HNoPortal=true&idpubl=84®istro=10> Ekonomiaz N.º 88, 2.º semestre, 2015, (último acceso 16-4-19).

Esto provoca así mismo un movimiento legislativo de carácter internacional para coordinar las potestades fiscales definitivas de un sistema armónico de tributos y normas con la aspiración de corregir, entre otros, problemas como la doble imposición internacional.

Una primera aproximación la podemos encontrar en 1978 cuando el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea (UE) definió el fraude fiscal como la apropiación indebida de dinero o bienes contraviniendo leyes o normas¹².

Dentro de la contextualización del fraude fiscal resulta substancial la afirmación que lleva a cabo nuestro Tribunal Constitucional (TC) al aseverar que tal lucha “es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración Tributaria” ya que “lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar”.¹³

Por su parte, la Comisión Europea, en abril de 2013, estimó que el fraude fiscal en el conjunto de la Unión Europea puede alcanzar un volumen anual de 1 billón de euros, cifra que superaría el presupuesto comunitario de los próximos siete años.

En idénticos términos se expresan los profesores y especialistas en asuntos presupuestarios de la UE, SCHNEIDER, RACZKOWSKI y MROZ en su estudio *Shadow economy and tax evasion in the UE*¹⁴.

El estudio asevera, entre otros datos, que las pérdidas debidas a la evasión fiscal en 2009 equivalen aproximadamente al 106% del gasto total sobre los servicios de salud de la UE, llegando en algunos países a ser mayor del doble, como en Italia o Estonia. En el

¹² Tribunal Europeo de Cuentas: “*Annual Report concerning the financial year 1978 accompanied by the replies of the institutions, 1979*,” DOCE de 31 diciembre de 1979 [Http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:1978:313:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:1978:313:TOC)

¹³ Entre otras, STC 76/1990 en http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/it/Resolucion/Show/1501#complete_resolucion&fundamentos FJ 5 de STC 214/1994 de 14 de julio en http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/it/Resolucion/Show/2731#complete_resolucion&fundamentos, y FJ5 de STC 194/2000 de 19 de julio en http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/it/Resolucion/Show/4178#complete_resolucion&fundamentos, (último acceso 2-5-17).

¹⁴ SCHNEIDER, F., RACZKOWSKI, K., MROZ, B. : “*Shadow economy and tax evasion in the EU*”, *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 18 Iss 1, 2015, pp. 34-51. <http://dx.doi.org/10.1108/JMLC-09-2014-0027>, (último acceso 4-4-16).

citado documento acaban demostrando la relación entre la economía sumergida y el desempleo, y consiguientemente altos niveles de fraude. Los autores apoyan un enfoque interdisciplinar en la lucha contra la economía sumergida y el fraude fiscal en su más amplia concepción. En igual sentido, las cifras que arroja el fraude fiscal en España son alarmantes: entre un 7 y un 8% de nuestro PIB. Estos datos, recogidos en un estudio publicado en 2011 por la Fundación de Cajas de Ahorros (FUNCAS), inspiran comentarios como el del prestigioso economista profesor Victorio VALLE al indicar que “es una pérdida de ingresos tan notable que podría, de ser resuelta, hacer desaparecer el déficit público español”¹⁵.

El Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español, (conocido como Informe LAGARES, marzo 2014), publicado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP)¹⁶ se ocupa del fraude fiscal, al considerarlo como elemento que distorsiona gravemente el valor de las normas tributarias. Tal distorsión se materializa mediante la alteración de la distribución de la rentas y la riqueza, con graves secuelas para la equidad en favor de los defraudadores, pero además, generando ineficiencia en la economía del país a través de una mala asignación de los recursos disponibles. En consecuencia, el fraude fiscal también produce una errónea estimación de los indicadores básicos de la situación económica, lo que dificulta un diseño adecuado de políticas económicas.

En 2018, el director de la AEAT, Jesús GASCÓN, reveló que la Agencia cuantifica en 457.000 millones de euros la cantidad que los contribuyentes españoles mantienen en cuentas en el extranjero. Esta cifra supone un equivalente al 40% del PIB nacional.¹⁷

Más allá de consideraciones sociológicas que se hallen en la mente del defraudador, que obviamente están fuera del marco de este trabajo, nos ha sorprendido notablemente no

¹⁵ VALLE SÁNCHEZ, V.: Discurso de investidura como doctor Honoris Causa por la UNED, Madrid, 28-2-2013. El último estudio publicado por FUNCAS al respecto se titula “Economía sumergida y fraude fiscal en España: ¿Qué sabemos? ¿Qué podemos hacer?”, PEÑAS LAGO, S. (director), Madrid, 2018.

¹⁶ Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español. Madrid, febrero 2014 disponible en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Resumen%20Informe.pdf>, (último acceso 23-2-16).

¹⁷ Cifras aportadas el 9-11-18 por el director de la AEAT en XXVIII Congreso de Inspectores de Hacienda según datos obtenidos de la OCDE que valoran la primera aplicación de Common Reporting Standard (CRS). Si bien no todo este importe corresponde al fraude fiscal si da una idea de la magnitud al que podemos enfrentarnos.

hallar menciones y referencias de significación en España anteriores a 1970¹⁸, situación que experimenta un vuelco con la instauración de la democracia en 1977 y la llegada al gobierno del equipo económico liderado por el profesor FUENTES QUINTANA¹⁹. En su opinión dos tipos de acciones son posibles en la lucha contra el fraude fiscal:

- Actuaciones de prevención buscando el convencimiento del contribuyente en la necesidad del pago de tributos a cambio de los bienes y servicios que recibe del Estado;
- Actuaciones legislativas y de dotación de medios para que el fraude resulte costoso y dificultoso a sus autores.

El fraude fiscal se configura como una materia compleja siendo el fraude fiscal internacional, objeto de este estudio, una materia poliédrica que puede ser estudiada desde diversos prismas²⁰.

Además por su naturaleza intrínseca es un objeto de estudio en constante movimiento evolutivo (*moving target*, lo denominan en Estados Unidos de Norteamérica), lo que dificulta su delimitación legal y doctrinal.

Todo modelo tributario que se pretenda implantar en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal debería contener estos elementos:

- Pagador y receptor (entidad financiera) recopilan información para la autoridad fiscal;
- Ambos transmiten esa información a la autoridad fiscal pertinente;

¹⁸ Sin embargo, un antecedente remoto sobre la evasión fiscal en España está constituido por las notables cantidades no declaradas sobre mercancías y oro procedente de América a través de la sevillana Casa de Contratación tal y como prueban los Archivos de Indias. Así mismo, y algo más cercanos, son dignos de mención fenómenos como el contrabando o el estraperlo. Por otro parte nos resulta adecuada y oportuna, de cara a llenar un vacío doctrinal, la publicación de “El fraude fiscal en España” GIMÉNEZ-REYNA, E. y RUIZ GALLUD, S. (Coordinadores), Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

¹⁹ FUENTES QUINTANA, E.: “Hacienda Pública, Principios y estructura de la imposición”. R. García Blanco (impresor), Madrid, 1990.

²⁰ Una visión didáctica sobre la génesis de ésta y otras crisis puede encontrarse en el libro del que fuera presidente de la Reserva Federal de los Estados Unidos entre los años 2006 y 2014 aunque quizás la que muestra una mayor franqueza al respecto es la obra de MARTIN WOLF y muy innovadora en la de NIAL FERGUSON.

- Las autoridades fiscales consolidan esta información por países de residencia;
- La información se encripta y envía a las autoridades del país de residencia;
- La información recibida es analizada y se toman las acciones pertinentes derivadas de la misma.

Algunos autores consideran que el adjetivo “internacional” hace referencia no tanto a la fuente de producción jurídica sino al objeto de esta rama del ordenamiento.²¹ En cualquier caso, desconocer o ignorar el funcionamiento de otros sistemas jurídicos fiscales internacionales (al menos los más significativos) es un error si pretendemos tener una visión profunda del panorama fiscal internacional, el auténtico ecosistema del fraude fiscal. A nuestro entender el fraude fiscal ha crecido y evolucionado notablemente desde la segunda mitad del siglo XX con especial relevancia en su vertiente internacional.

Un aspecto clave en la dificultad para definir el fraude fiscal consiste en hallarnos frente a un concepto que convive en dos sistemas jurídicos diferentes: el anglosajón y el continental, que además poseen figuras legales no siempre extrapolables. Tiene aquí especial relevancia el llamado *soft law*²², o recomendaciones como método habitual de trabajo dentro del sistema anglosajón y en el que nos detendremos más adelante.

²¹ FALCÓN y TELLA, R. y GUERRA, E.: “Derecho Fiscal Internacional”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 12.

²² Se trata de un concepto anglosajón que aglutina en Derecho Fiscal Internacional una gama de instrumentos que no son fuente del Derecho pero que tienen influencia en la formación e interpretación de normas. Lo interpretamos como un derecho “suave”, blando.

Siguiendo a CARRASCO GONZÁLEZ puede definirse como aquellas reglas de conducta que se contienen en instrumentos sin fuerza jurídica vinculante pero que sin embargo son capaces de tener consecuencias prácticas influyendo en los Estados y ciudadanos.

Según SACCHETTO estaríamos ante consideraciones comunes en relación a la actividad y al comportamiento en las relaciones internacionales que no pueden ser circunscritas al procedimiento instintivo de alguna fuente de Derecho Internacional y a las que se presupone capacidad de producir algunos efectos jurídicos.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: “Lecciones de Derecho Internacional Público”, Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2006, pp.189-190, ya aludía al valor de las recomendaciones de los actos de las organizaciones internacionales para concluir, con Pérez Vera, “un cierto valor jurídico a las recomendaciones acompañado en alguna medida de una obligación de comportamiento por parte de los Estados”.

En nuestra opinión, en esta dualidad jurídica (e interpretativa) radica gran parte del origen del fraude fiscal, junto a otras razones menos presentables de política estatal.

En opinión de CALVO ORTEGA²³ el fraude a las leyes tributarias es una figura difícil de precisar. Se trataría de un mecanismo o conjunto de negocios válido que no busca una finalidad económica o jurídica propia y si en cambio conseguir una tributación inferior a la normalidad de hechos determinados; dicho en otros términos un contrato lícito y efectivo que se utiliza para conseguir un fin que nada tiene que ver con la finalidad propia de tal figura contractual con el objeto de conseguir una fiscalidad menor que la correspondiente en caso de haber usado otro contrato forma jurídica.

El art.6.4 del Código Civil recoge parcialmente esta estructura clásica del fraude de la Ley pero donde se recoge la cláusula anti abuso es el art.15 de la LGT (aquí llamada conflicto en la aplicación de la norma tributaria). Se requiere que la actuación de los sujetos sea hecha con la finalidad exclusiva de conseguir un ahorro fiscal y que para ello se utilicen actos o negocios notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado objetivo obtenido. El aspecto más determinante de esta definición sería la utilización de actos o negocios artificiosos para conseguir el resultado jurídico. La

En cualquier caso y atendiendo al procedimiento de elaboración las normas de *soft law* no tienen su origen en ubicaciones como los Parlamentos lo que ha motivado que sean conocidas con el sobre nombre de *backdoor rules*.

El Modelo de Convenio de Doble Imposición propuesto por la OCDE así como el de la ONU son ejemplos ilustrativos de *soft law*. También lo son los Comentarios a estos modelos OCDE que han permitido interpretar y aplicar los CDI. El propio carácter de Recomendación que la OCDE confiere a sus textos confirma el carácter de fuerza moral no legalmente vinculante²². Las Recomendaciones que la UE puede generar al amparo del art. 288 y 292 del TFUE lo son así mismo dado que no tienen carácter vinculante pero generan confianza jurídica al igual que las Directrices o pautas de actuación. En tal sentido debe considerarse la Recomendación 94/79/CE relativa al régimen fiscal de los trabajadores transfronterizos que se hizo finalmente obligatoria en la práctica tras la STJUE de 14 de febrero de 1995, Shumacker.C-279/93.

Siguiendo la doctrina del TJUE, el *soft law* comunitario no puede ser considerado como carente en absoluto de efectos jurídicos (STJUE de 13-12-1989 Caso Grimaldi, C-322/88).

En el mismo sentido detectamos que la producción de informes y denuncia del fraude fiscal llevada a cabo por las ONGs tiene influencia en la producción normativa estatal e internacional y por tanto en la creación del *soft law*. Diríase que unas organizaciones retroalimentan a las otras.

La crítica más certera sobre el *soft law* podría ser que estas normas tienen una legitimidad democrática débil entre otros motivos por la ausencia de controles en su generación.

La ausencia de medios para controlar su coercibilidad constituiría otra de las flaquezas de esta nueva fuente normativa.

²³ CALVO ORTEGA, R.: “Curso de Derecho Financiero”, V. I Derecho Tributario, Parte General, Parte especial. Ed. Civitas 15ª edición, 2011.

artificialidad resulta pues esencial y los negocios innecesariamente repetitivos lo son también.

Atendiendo a MARTÍN QUERALT²⁴ podemos distinguir entre el fraude de Ley y el incumplimiento de la obligación tributaria. En este segundo caso, que puede originar tanto la infracción tributaria como el delito fiscal, se ha realizado el hecho imponible y la obligación tributaria no se ha satisfecho por el contribuyente; por contra en el fraude de ley no se ha realizado el hecho imponible y por tanto al eludir su realización no ha surgido la obligación tributaria. Igualmente se distingue entre fraude de ley y simulación (art. 16 LGT). En la simulación se crea una apariencia jurídica que sirve para encubrir la realidad simulación absoluta) o bien en la simulación relativa poner de relieve la existencia de una realidad distinta. MARTÍN QUERALT introduce acertadamente diferencias entre el fraude de ley y la llamada “economía de opción”. Esta figura, contemplada en nuestra legislación, posibilita que un contribuyente revista su actuación de la forma menos gravosa pero, a diferencia del fraude de ley, esa forma no será anómala en relación al fin perseguido. La economía de opción será lícita siempre que no entrañe abuso de formas jurídicas ni recurra al empleo de formas jurídicas atípicas en relación a los fines que persigue.

A continuación pueden citarse los supuestos de infracciones tributarias previstas en el art.183 de la LGT (violaciones del ordenamiento jurídico). La LGT establece dieciséis tipos clasificados entre leves, graves o muy graves.

Las infracciones tributarias son acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en la Ley.

Finalmente por su mayor gravedad, los delitos contra la Hacienda Pública recogidos en el Código Penal (arts. 305 a 310) y que serán estudiados más adelante. Estos últimos tienen un denominador común ya que protegen el patrimonio público.

El profesor PÉREZ ROYO²⁵ recorre la historia del delito fiscal desde su antecedente en 1870 hasta su definición actual. En su opinión el tipo actual sustituye formalmente al introducido en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal (LMURF) de 1977. Su

²⁴ MARTÍN QUERALT J., LOZANO SERRANO C. y POVEDA BLANCO, F. “Derecho Tributario”, 12º ed. Ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

²⁵ PÉREZ ROYO, F.: “Curso de Derecho Tributario”, Parte especial. Ed Tecnos, 7ª ed. Madrid, 2013.

inaplicación práctica tenía que ver más que con deficiencias técnicas con la ausencia de voluntad política y especialmente de conciencia social sobre la peligrosidad del delito fiscal. Establecía sanciones para conductas de evasiones de impuestos superiores a 2.000.000 millones de pesetas en cómputo anual. Mantiene el autor que el tipo delictivo se ha mantenido sin modificaciones sustanciales y con mejoras técnicas en la redacción y una actualización del umbral punible (hoy 120.000 euros) que viene a compensar, a grosso modo, la erosión monetaria acusada por la inflación.

En el momento actual la necesidad de información fiscal de las Administraciones Tributarias ha experimentado una evolución paralela a la de las propias relaciones económicas internacionales así como al fraude fiscal que entorno a ellas pueda generarse. Como atinadamente razona BUSTAMANTE ESQUIVAS,²⁶ las actuaciones fraudulentas suelen ampararse en las dificultades de obtención de información y las facilidades que algunas jurisdicciones ofrecen para la ocultación de la última y verdadera titularidad de bienes y rendimientos de las mismas.

Se ha señalado²⁷ que precisamente la globalización económica ha terminado provocando un nuevo espíritu de cooperación fiscal donde el intercambio es capital. Pensamos que la crisis financiera ha resultado ser la palanca decisiva (pero no única), para que el intercambio sea la piedra filosofal de una nueva era de las relaciones internacionales. Otros factores reseñables aludirían al terrorismo en sus recientes formas (primera década del año 2000) y la actuación de la criminalidad organizada.

En este sentido podría conjeturarse que los mecanismos tradicionales de lucha contra el fraude y el crimen organizado se hallan obsoletos por lo que nuevos instrumentos jurídicos con mayor agilidad y eficacia son precisos.

Precisamente en este punto puede anticiparse que FATCA y CRS aportan valor y suponen una evolución destacada sobre el panorama jurídico inicial. Ciertamente es que se puede apreciar una asimetría en los planteamientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y en la Unión Europea (UE) sobre el intercambio internacional de información; de tal suerte que para la iniciativa OCDE la

²⁶ BUSTAMANTE ESQUIVAS, M.D.: “Intercambio de Información Internacional” en Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

²⁷ CALDERÓN CARRERO, J.M.: “Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias”, Documentos del Instituto de Estudios Fiscales nº 16, Madrid, 2001.

falta de intercambio de información es el factor clave que determina el carácter pernicioso de una medida o Estado. Diríamos más que asimetría un enfoque más laxo debido sin duda a la dificultad de conciliar intereses contrapuestos de diversos Estados miembros cuya industria bancaria y financiera es su auténtica razón de existencia.

Con carácter general y de cara a solventar conflictos en la cooperación internacional y específicamente en el de la información tributaria, la comunidad internacional (G20²⁸ y OCDE de manera más decidida) y la UE han creado una serie de instrumentos jurídicos o convenios que permiten la colaboración ínter estatal.

Dos ideas subyacen básicamente en la producción normativa de estas organizaciones internacionales:

- Evitar un doble efecto que lleve al exceso injusto de gravamen.
- Garantizar los derechos de los contribuyentes evitando distorsiones fiscales en diversos territorios.

Desde 2013 además de los Convenios para evitar la Doble Imposición²⁹ con cláusula de intercambio de información, han proliferado, (en nuestra opinión impulsados por el previamente citado modelo FATCA norteamericano), los acuerdos de intercambio de información generalmente conocidos como TIEA (*Tax Information Exchange Agreements*) sobre los que volveremos posteriormente.

En líneas generales, la OCDE es el organismo más activo por el momento en la elaboración, control y seguimiento de todos estos acuerdos, que la crisis financiera mundial ha situado en la máxima actualidad, necesitando los Estados demostrar a sus ciudadanos que se lucha activamente contra el fraude en pos de una tributación equitativa.

²⁸ El G20 es un grupo de trabajo compuesto por los ministros de finanzas y gobernadores de los bancos centrales de las 20 mayores economías del mundo. La comunidad internacional se compone de un conjunto de operadores jurídicos entre los que se encuentran los Estados, las organizaciones internacionales así como los organismos internacionales. Por el contrario, la sociedad internacional ha tenido una estructura tradicionalmente clásica de carácter estatal. Véase en tal sentido RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J. op.cit. pp. 122-127.

²⁹ Listado de Convenios de Doble Imposición firmados por España con otros países (25-1-19), disponible en http://www.hacienda.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI_Alfa.aspx, (último acceso 23-2-19)

La OCDE proponía en 2002 la celebración de convenios bilaterales entre Estados (Modelo de Convenio) para llegar a la actualidad con un enfoque decididamente multilateral.

Estos acuerdos contienen disposiciones relativas a imposición sobre renta, patrimonio y materia de sucesiones.

Como veremos al estudiar la producción normativa de la UE, por su finalidad y evolución hacia un sistema fiscal y presupuestario único, la Unión Europea ha impulsado normas que afectan a los sistemas fiscales internos de los diferentes Estados que la conforman. Así, la armonización ha sido entendida como una aproximación de los sistemas fiscales de los Estados miembros. En tal sentido, la prohibición de tributos discriminatorios y las ayudas fiscales son notables primeros pasos.

Una mirada con perspectiva denota que el avance de la armonización fiscal será lento pero inevitable.

Sabemos que los Tratados Internacionales prevalecen sobre el derecho interno (art. 93 de la Constitución española). El Tratado de la UE de Lisboa³⁰ (firmado en 2007) indica en su art. 113 que será precisa la armonización de los impuestos indirectos a través de las propuestas de la Comisión.

Sostenemos que se van dando pasos hacia una mayor agilidad en la aplicación del Derecho comunitario fiscal sobre los ordenamientos internos, especialmente a través de acuerdos para el intercambio de informaciones tributarias, con la publicación de la Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014 así como la práctica derogación de la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago intereses (conocida como Directiva del Ahorro) mediante la Directiva 2015/2060 del Consejo de 10 de noviembre de 2015 que estudiaremos más adelante .

Simultáneamente y desde junio de 2013, coincidiendo con la puesta de largo de FATCA, la UE, a través de su Comisión, comenzó a investigar los acuerdos privados

³⁰ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT>, (último acceso 23-2-19)

entre Estados comunitarios y ciertas multinacionales con finalidad de pagar poco o nada por los beneficios (estos acuerdos son conocidos como *tax rulings*).³¹

El art.107 del Tratado de la UE también hace mención a aspectos destacables del derecho fiscal internacional al prohibir las ayudas públicas a las empresas incluyendo las rebajas fiscales de carácter selectivo que pudieran desvirtuar el funcionamiento de los mercados comunitarios.

Por eso sorprende encontrar en el seno de la UE un tipo medio nominal para sociedades en Irlanda del 12,5% sobre beneficios³². Además desde 2010 este país concede a pequeñas y medianas empresas la exención del impuesto los tres primeros años desde su establecimiento. Existe una única excepción: cuando se trate de un convenio firmado con anterioridad a la adhesión a la UE y que afecte a terceros. En ese caso el miembro se compromete a eliminar incompatibilidades con los textos comunitarios no afectando a derechos y obligaciones contenidos en ese convenio (art. 351 TFUE)³³.

En el derecho comunitario las Directivas obligan a los Estados a llegar a un resultado permitiendo que estos utilicen las formas y medios que consideren oportunos (art. 288

³¹ Bajo el mandato del Comisario de la Competencia Joaquín Almunia y especialmente tras la incorporación de la comisaría Margrethe VESTAGER, las investigaciones y condenas se han sucedido siendo la sanción a Apple e Irlanda la de mayor impacto económico y mediático. No deben olvidarse los casos de Amazon y McDonald's en Luxemburgo. En tal sentido, véase CORONAS VALLE, D.: "Apple, Irlanda y la UE: ¿la Manzana podrida?" en <http://todosonfinanzas.blogspot.com.es/2016/09/apple-irlanda-y-la-ue-la-manzana-podrida.html> ,11-9-16.

³² Si bien es cierto que en nuestro país existen peculiaridades en el tratamiento fiscal de las pymes, no siendo por tanto un fenómeno ajeno al conjunto de la UE que denota la necesidad e actuaciones fiscales coordinadas

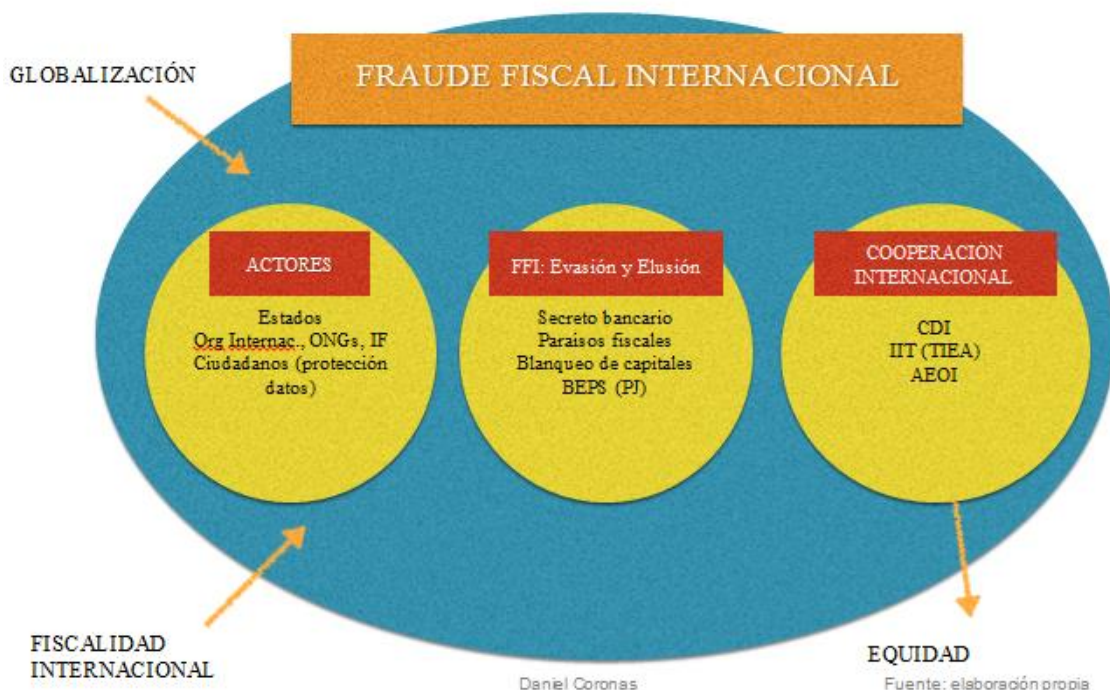
³³ Art. 351: (antiguo artículo 307 TCE)

"Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros".

TFUE) y pese a esto la jurisprudencia comunitaria ha conferido eficacia directa a ciertas disposiciones imprecisas de algunas Directivas que no se han ejecutado correctamente³⁴.



1.2.2 Evasión frente a Elusión Fiscal.

Partimos de una dificultad terminológica al abordar el significado jurídico y la diferencia entre los términos evasión y elusión fiscal.

La evasión fiscal (*tax evasion*) es un acto ilegal, punible por la Ley mientras que la elusión fiscal (*tax avoidance*) es una materia de más compleja definición, con zonas grises en su calificación legal, ya que la planificación fiscal con finalidad de pagar menos impuestos no es delito por tanto ¿dónde está el límite de la legalidad en tal conducta? El margen interpretativo de la norma no es fácil de aprehender en numerosos casos.

³⁴ STJUE de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81, Rec.53en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db6770ef4455fb42d58813a4804b5dbb44.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLc390?text=&docid=91168&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=831150>, (último acceso 26-4-17).

Una definición que se considera hasta cierto punto “clásica” es la que realiza MURPHY³⁵ cuando señala que la evasión implica el no pago de impuestos o reducción en el pago de los mismos frente a la conducta elusiva donde el hecho impositivo se declara al límite de la legalidad utilizando los resquicios legales e interpretativos que la propia normativa ofrece. Gran parte de ambos comportamientos (evasión y elusión) se ejecuta en ámbitos transfronterizos y, por tanto, internacionales. La actuación del contribuyente tendente al diferimiento, anulación o reducción de la carga impositiva dentro de los límites legales puede considerarse elusión del impuesto.

Si estas conductas se consiguen *contra legem* nos hallamos ante una evasión fiscal.

En palabras de DENIS HEALY, ex ministro del Tesoro británico entre 1974 y 1979, la diferencia entre evasión y elusión fiscal “es el grosor de una pared de cárcel”.³⁶

Un aspecto si resulta meridiano; una conducta consiste en no pagar nada (*tax evasion*) y otra en la baja tributación (*tax avoidance*) amparada en un marco legal entendiendo que no deba forzarse el espíritu de la Ley.

La evasión fiscal es toda actuación del contribuyente tendente a no pagar impuestos (devengados), es decir, a no llevar a cabo sus obligaciones tributarias ante la Administración correspondiente. Por su parte, en la elusión fiscal lo que el ciudadano pretende es pagar lo menos posible buscando el resquicio legal que le haga cumplir las obligaciones amparándose en el cumplimiento mínimo de éstas tributando alguna cantidad.

Entendemos que el fraude fiscal internacional abarca las conductas propias de la evasión fiscal, aunque no perdemos de vista la elusión y las medidas que puedan propiciar su reducción o evitar que contribuya a una evasión en último término.

En la elusión fiscal internacional se dan dos elementos necesarios:

- De una parte, la existencia de dos o más sistemas tributarios.

³⁵ MURPHY, R.: “*The Courageous State*” Ed. *Searching Finance*, London, 2011.

³⁶ SHAXON, N: “*Treasure Islands, tax havens and the men who stole the world*”, Vintage Books, London, 2011.

- De otra, la posibilidad de elección del contribuyente entre varios sistemas tributarios pero de manera indirecta aprovechando las posibilidades (indirectas) que las legislaciones internas proporcionan junto a la normativa internacional en la búsqueda de un mayor beneficio fiscal.

Estas diferencias tienen su trascendencia, como veremos, ya que los acuerdos de intercambio de información están enfocados a luchar contra el delito fiscal y no la elusión, (que no es delito), sin olvidar que los paraísos fiscales tienen como nota característica la baja o nula presión fiscal, al menos para los no residentes.

Dentro del concepto de fraude fiscal incluimos, en una enumeración abierta no exhaustiva, casos de empresas (sociedades y sus socios) que actúan mediante la erosión de las bases imponibles deslocalizando los beneficios empresariales (*Base Erosion and Profit Shifting*, BEPS), la falta de transparencia, el blanqueo de capitales, el fraude sobre el IVA y sobre aduanas así como la existencia y utilización de los paraísos fiscales.

Por la naturaleza de este trabajo y su especificidad debemos analizar ambos fenómenos: la elusión y los medios de lucha contra esta que, en el campo internacional, conducen a la cooperación entre Estados, sin olvidar la evasión.

A lo largo de esta tesis, y esencialmente en el capítulo II de la misma, trataremos de explicar como FATCA y CRS se abordan la evasión y la elusión fiscal; hasta la irrupción de ambas legislaciones no se profundizaba en la elusión³⁷; es, por tanto, innovador el planteamiento decidido que permite abarcar, por fin, esta figura. De esta manera FATCA ha tratado de llenar un vacío jurídico, una grieta en el sistema financiero internacional.

1.2.3 Principios normativos rectores e instrumentos jurídicos en la lucha contra el fraude fiscal.

³⁷ En efecto, escasas son las menciones, que revisaremos en este capítulo y el siguiente, así como los enfoques que abordan la lucha contra el fraude fiscal mediante una visión conjunta de evasión y elusión fiscal.

A lo largo de este epígrafe estudiamos algunas instituciones básicas en la lucha contra el fraude fiscal, para constatar después el notable impacto que ha supuesto la aparición de FATCA y CRS y las interrelaciones entre las mismas³⁸.

ALMUDÍ CID Y SERRANO ANTÓN³⁹ han configurado un marco característico de la fiscalidad internacional moderna basado en tres principios:

- 1) Multiplicidad de jurisdicciones fiscales⁴⁰ que podemos catalogar sintéticamente en:
 - Sistemas tributarios con impuesto sobre la renta que grave los beneficios empresariales y las rentas de capital (habitual en el ámbito OCDE);
 - Sistemas tributarios que gravan los beneficios empresariales y rentas de capital de forma atenuada en comparación al resto de rentas. Se trata de áreas de baja tributación (ej. Irlanda en la UE);
 - Sistemas tributarios normales que contienen determinados regímenes fiscales que permiten una tributación extraordinariamente reducida o nula (ej. Delaware o Nevada en Estados Unidos);
 - Paraísos fiscales.
- 2) Principio de independencia y libre competencia.

³⁸ Aunque la aproximación a estas instituciones jurídicas determinadas se lleva a cabo a través de nuestra doctrina nos parece justo reconocer el poderoso influjo que en el plano conceptual ha tenido la obra del profesor Sandel en la génesis de este apartado. Véase en concreto SANDEL, M.J.: “Lo que el dinero no puede comprar: Los límites morales del mercado” Ed. Debate, Barcelona, 2013.

³⁹ ALMUDÍ CID, J.M.: “La normativa contra la elusión fiscal internacional en los Estados Unidos” en “Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario” M.T. Soler Roch y F. Serrano Antón (directores) Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

⁴⁰ La OCDE así como la mayoría de organismos internacionales adoptan desde hace años la terminología de “jurisdicción” frente al concepto de “Estado” al abarcar aquel mayor número de casuísticas. La jurisdicción se define como un área geográfica dentro de la cual la Autoridad y los poderes han sido asumidos por ramas legislativas y ejecutivas; puede tratarse de Estados, provincias, dependencias, Protectorados, Estados Asociados, principados, etc. con capacidad para crear Leyes.

Por otra parte esta idea ha de ponerse en conexión con lo estudiado en el capítulo II de esta tesis al respecto del término “jurisdicción” contenido en el art. 1 del AMAC sobre intercambio automático de información de cuentas financieras firmado en Berlín el 29-10-14. La expresión de tal término se expresa aquí nítidamente y en su concepción más moderna.

El principio de independencia se recoge en el art.7 del Modelo de Convenio de la OCDE⁴¹, y sostiene que cada sociedad es gravada por sus beneficios exclusivamente por el impuesto del país en que residen, salvo que operen a través de establecimiento permanente en otro Estado, todo ello a pesar de formar parte de un grupo multinacional.

El principio de libre competencia persigue que los beneficios obtenidos por una empresa perteneciente a un grupo multinacional resulten gravados de igual manera que si hubiesen sido obtenidos por una entidad aislada.

3) Principio de la libre circulación de capitales.

Consagrado en el art. 56 del Tratado de la UE, se trata de uno de los cuatro pilares fundamentales de la UE.

Por lo general esta prohibición de la restricción a los movimientos de capital es predicable de la mayoría de países desarrollados y en vías de desarrollo.

Estas normas permiten la inversión a través de filiales y su tributación correspondiente en el país donde se realiza la inversión.

Dentro de los principios básicos (y comunes) que definen el Derecho Fiscal Internacional, que estudia el fraude fiscal, destacamos:

a) La equidad tributaria, en su doble vertiente personal y entre Estados.

La equidad tributaria entendida como criterio por el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes, para evitar que estos sean excesivos. Se encuentra

⁴¹ Art. 7: Beneficios empresariales

“1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. A los efectos de este artículo, y del artículo [23 A] [23 B], los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.”

consagrado en el art. 31.1⁴² de la Constitución española (CE) así como el art. 3.1 de la Ley General Tributaria (LGT);⁴³

- b) el principio de eficiencia, en virtud del cual un sistema jurídico debe proveerse de suficientes instrumentos jurídicos como para salvaguardar la tarea que le ha sido encomendada por la legislación con el agravante en este caso de que si no se garantiza la recaudación de fondos el sistema no podrá funcionar.

En una primera aproximación todo sistema fiscal tiene dos finalidades:

- Evitar la doble imposición.
- Evitar la elusión del impuesto.

Frente a estas finalidades se hace patente que los contribuyentes utilizan de manera abusiva los Convenios para evitar la Doble Imposición (en adelante CDI) en cualquiera de sus modalidades⁴⁴ que veremos posteriormente. Tradicionalmente el Derecho Tributario considera fuente a todo acto que produce normas y principios jurídicos y la ordenación de las fuentes se articula normalmente en base a su jerarquía.⁴⁵ Los tratados o acuerdos internacionales entre Estados⁴⁶ son fuente tradicional de normas tributarias que delimitan los poderes tributarios estatales para evitar la doble imposición y lograr la cooperación entre Administraciones así como establecer un procedimiento de solución de controversias. En la medida que la internacionalización de las relaciones económicas

⁴² Constitución Española de 1978: Art. 31.1: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.”

⁴³ Ley General Tributaria: Art. 3 Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario. “1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.”

⁴⁴ *Treaty Shopping* donde el elemento subjetivo determina que la persona que invoca y utiliza el CDI, generalmente a través de una sociedad, no es beneficiaria del mismo o mediante el *Rule Shopping*, donde la persona que alega el CDI si está facultada para invocarlo pero lo hace con el único objetivo de minorar su tributación en FALCÓN y TELLERÍA, R. y ALMUDÍ CID, J.M: “El Derecho Fiscal Europeo” en Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

⁴⁵ CALVO ORTEGA, R.: “Curso de Derecho Financiero” op. cit.

⁴⁶ Entre esas fuentes enumeramos en primer lugar por rango y contenido a la Constitución española de 1978, los Tratados Internacionales, las Leyes orgánicas, ordinarias (como la Ley General Tributaria), los Decretos Legislativos, los Textos Refundidos, los Decretos Leyes, los Reglamentos y la Jurisprudencia. El art.7 de la LGT establece que los tributos se regirán por la Constitución, los Tratados internacionales (especialmente el de la UE), las leyes y los reglamentos.

ha ido en aumento así como se generaliza la libre circulación de bienes y recursos, la fuente de los acuerdos ha ido en aumento.

Siguiendo a COLLADO YURRITA Y PATÓN GARCÍA⁴⁷ los CDI deben ser considerados como la principal fuente de Derecho Tributario Internacional. El consenso de los Estados sobre el que se basan estos acuerdos encaja perfectamente en la definición del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional⁴⁸.

Partiendo de que la territorialidad es un principio básico, y así como de un entorno social, económico y político globalizado, el criterio de territorialidad tiene carácter general. Se ajusta al concepto de soberanía y supone un consumo de servicios públicos en la ubicación de que se trate. Este sencillo argumento motiva una aceptación internacional del mismo para evitar situaciones de doble imposición⁴⁹.

En los impuestos personales el criterio de sujeción es la residencia habitual para las personas físicas, ya que basta la permanencia de un tiempo concreto mayoritario dentro de un periodo dado para que se considere la vinculación con un poder, y, en consecuencia, la sujeción a un impuesto. En las personas jurídicas se considera criterio de sujeción el domicilio social o la sede de su dirección efectiva, como norma habitual.

Por lo general, en estos impuestos personales se extiende cada vez más el criterio patrimonial de “centro de intereses” como manifestación de residencia habitual, que ofrece ventajas a la hora de verificación, y, posiblemente, mayor justicia que la simple relación física con un territorio. La idea de centro de intereses como lugar donde un sujeto realiza su actividad empresarial o profesional y donde gestiona su patrimonio conforma un marco orientador al respecto.

⁴⁷ COLLADO YURRITA, M.A. y PATÓN GARCÍA, G.: “Las fuentes del Derecho Tributario Internacional”, en Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

⁴⁸ Convenio de Viena, Instrumento de Adhesión de España en BOE núm. 142 de 13 de junio de 1980 disponible en https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1980-11884, (último acceso 9-2-16).

⁴⁹ Resulta evidente que la coexistencia del criterio de territorialidad con el de residencia acarrea la temida doble imposición, que habrá que tratar de evitar, entre otros mediante los Convenios de Doble Imposición, que estudiaremos más adelante.

El criterio de territorialidad, recogido en el art.11 de la LGT⁵⁰, requiere una verificación administrativa, en ocasiones, no fácil. Siempre que sea posible debe buscarse la vinculación con el territorio que ofrezca menos dudas y cierre el paso a fenómenos de simulación y fraude de ley.

El criterio básico en fiscalidad internacional a la hora de tributar es la residencia tanto de la persona física como jurídica. El único Estado que sigue el criterio de nacionalidad es Estados Unidos de Norteamérica si bien desde principios de 2000, en diversos Comités del Senado estadounidense, se discute fuertemente sobre la continuidad de tal criterio, que le aleja de estándares y prácticas comunes internacionales. Quizás ésta pueda ser una razón de la urgencia y la fuerza con la que Estados Unidos ha lanzado su iniciativa internacional *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* que veremos más adelante, donde se trata, en esencia, de que los bancos no norteamericanos detecten clientes (ciudadanos) norteamericanos, a efectos de su comunicación al fisco norteamericano. Si los criterios establecidos coinciden con el adoptado por los demás Estados, la presencia de elementos extranjeros no plantea problemas, pues podrá exigirse la devolución cuando el impuesto haya sido previamente cobrado, con la finalidad de evitar la doble imposición considerada anti jurídica.

Es oportuno mencionar aquí que la conexión con dos o más sistemas fiscales puede provocar o facilitar el fenómeno de la elusión del impuesto, total o parcial, entendiendo ésta como laguna provocada por la inexistencia de coordinación entre los diferentes sistemas tributarios⁵¹.

1.2.3.1 La Doble Imposición.

⁵⁰ Art. 11. Criterios de sujeción a las normas tributarias.

“Los tributos se aplicarán conforme a los criterios de residencia o territorialidad que establezca la ley en cada caso. En su defecto, los tributos de carácter personal se exigirán conforme al criterio de residencia y los demás tributos conforme al criterio de territorialidad que resulte más adecuado a la naturaleza del objeto gravado.”

⁵¹ El sistema tributario norteamericano es propicio para el empleo de paraísos fiscales de tal suerte que los EEUU no gravan a las empresas extranjeras salvo que obtengan ingresos generados en territorio estadounidense. Así si las empresas mueven sus beneficios de EEUU a una empresa radicada en un paraíso fiscal, mediante el mecanismo de los precios de transferencia, la ventaja fiscal es inmediata y solo cuando hay repatriación de la renta los beneficios tributarán en EEUU; véase nota sobre POMP R. y LUCAS MAS, M.: “La Tributación multiestatal de sociedades en Estados Unidos” en Crónica Tributaria núm. 122/2007, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, pp. 137-167.

El fenómeno de la doble imposición surge cuando la sujeción es múltiple, o bien varía de un Estado a otro. RUBIO GUERRERO⁵² nos recuerda una definición tradicional de la doble imposición como aquella situación donde se produce un supuesto gravable que determina el nacimiento de diversas obligaciones tributarias por el mismo concepto y periodo. Dos tipologías se diferencian: la jurídica (si una misma persona es la que resulta gravada más de una vez por el mismo concepto y periodo) y la económica (si la doble imposición afecta a dos personas diferentes por la misma renta o patrimonio).

En ambos casos la distinción no resulta sencilla, pues se da un efecto económico en tanto afecta doblemente a un rendimiento o a una ganancia de capital. Esta problemática se ha analizado habitualmente desde la óptica de la equidad y la justicia tributaria, pero también tiene especial relevancia desde la perspectiva de la neutralidad y los efectos para los inversores en un mercado en igualdad de condiciones, que evite distorsiones fiscales sobre beneficios y su localización.⁵³ Con el objeto de evitar distorsiones fiscales se han creado los Convenios de Doble Imposición (en adelante CDI)⁵⁴ y en el ámbito europeo, las Directivas, entre las que destacamos, la Directiva 90/434/CEE del Consejo⁵⁵ así como la Directiva 90/364/CEE⁵⁶ relativo al derecho de residencia.

En línea con lo anterior, la comparabilidad de impuestos a efectos de eliminación de la doble imposición internacional se resuelve automáticamente cuando existe un CDI, ya que el art. 2 del Modelo de Convenio de la OCDE⁵⁷ considera que los impuestos de los

⁵² RUBIO GUERRERO, J.J.: “Manual de Fiscalidad Internacional”, Tomo I, “Presentación de la primera edición,” Instituto de Estudios Fiscales, 3ª Ed. Madrid, 2007.

⁵³ COSÍN OCHAÍTA, R.: “Medidas unilaterales españolas para evitar la doble imposición internacional”, en Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

⁵⁴ RUIZ GARCÍA, J.R. y CALDERÓN CARRERO, J.M. (Coordinadores): “Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España”, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004.

⁵⁵ Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

⁵⁶ Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia derogada por Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

⁵⁷ Art. 2: Impuestos comprendidos

“1. El presente Convenio se aplica a los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio exigibles por cada uno de los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o sus entidades locales, cualquiera que sea el sistema de exacción.

Estados miembros del Convenio son comparables, y por tanto su yuxtaposición provoca la doble imposición internacional. Sin embargo, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades (TRLIS) determina una presunción *iuris tantum* de comparabilidad atribuyendo la carga de la prueba a la Administración que pueda acreditar que la renta obtenida por la entidad no residente no se sometió a gravamen idéntico o análogo al Impuesto de Sociedades español.

Los métodos para corregir la doble imposición pueden agruparse entono a dos posibilidades:

- La exención (la materia gravada en otro Estado contratante no tributa en el propio);
- La imputación (la materia tributa también en el Estado del que se es residente pero se permite la deducción de lo pagado en el impuesto homólogo del otro Estado).

Partiendo de un CDI, o bien se atribuye a un solo Estado la competencia exclusiva de aplicación del tributo, o se reduce la cuantía a pagar según lo ya pagado en el otro Estado.

Resulta significativo que al existir varios Estados conectados también pueda producirse elusión del impuesto en ciertas ocasiones, partiendo de una falta de coordinación entre los diferentes sistemas tributarios. En este entorno surge la planificación fiscal internacional agresiva, (*Base Erosión and Profit Shifting*, BEPS), propia de las empresas y, frente a la que la UE y la OCDE han elaborado planes de acción para frenar los abusos que las grandes multinacionales realizan en territorio europeo

2. Se consideran Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio los que gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de la propiedad mobiliaria o inmobiliaria, los impuestos sobre los importes totales de los sueldos o salarios pagados por las empresas, así como los impuestos sobre las plusvalías latentes.

3. Los impuestos actuales a los que se aplica este Convenio son, en particular:

- a) (en el Estado A):
- b) (en el Estado B):

4. El Convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del mismo, y que se añadan a los actuales o les sustituyan. Las autoridades competentes de los Estados contratantes se comunicarán mutuamente las modificaciones significativas que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones fiscales.”

especialmente⁵⁸. En tal sentido se expresa la nota de prensa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas del 27 de enero de 2016⁵⁹. España, junto con otros 30 países, se compromete al intercambio de datos sobre multinacionales para conocer donde éstas pagan sus impuestos, de tal suerte los grupos multinacionales estarán obligados a dar información desagregada y anual sobre los impuestos que pagan en todos los países donde tengan actividad, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, que es la impulsora del Proyecto. Este Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes para el Intercambio de Información “País por País” está incluido en el Plan de Acción BEPS que lucha contra la erosión de las bases imponibles, la transferencia artificial de beneficios empresariales y en general la planificación fiscal agresiva. A tal fin se presentará en el país de la matriz del grupo multinacional los informes “País por País” que serán compartidos de manera automática con los otros países firmantes mediante el intercambio de información intergubernamental. Por su parte la UE está alineada con esta iniciativa⁶⁰.

Precisamente, siguiendo esta línea, el Ministerio de Hacienda publicó la Orden HFP/1978/2016 de 28 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 231 de Declaración de información “País por País”⁶¹.

Esta Orden obedece a la necesidad de trasladar al derecho español las obligaciones derivadas del Plan BEPS, al tiempo que incorpora, como *ultima ratio*, los avances

⁵⁸ Sobre las imbricaciones entre CDI, BEPS y estándares comunes de información internacional, puede ser ilustrativo consultar PASTOR PALOMAR, A.: “La solución de controversias de doble imposición en España: una práctica convencional peculiar encaminada al arbitraje.”, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 70/01, enero-junio 2018, pp.261-284.

⁵⁹ <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2016/S.%20E.%20HACIENDA/27-01-2016%20Nota%20firma%20acuerdo%20información%20país%20por%20país'.pdf>, (último acceso 27-1-16).

⁶⁰ Como asegura el Comunicado de Prensa de la Comisión Europea, publicado el 30-12-18 en Bruselas, con efectos 1-1-19 entran en vigor las nuevas normas de la UE destinadas a eliminar los principales resquicios utilizados por las empresas para la elusión fiscal. Adicionalmente se nos recuerda que el 1-1-2020 entrarán en vigor otras normas que regulan las asimetrías híbridas, tratando de impedir así que las sociedades exploten las diferencias existentes en la legislación tributaria de diferentes países, eludiendo impuestos al tiempo que se adoptan medidas para garantizar que los beneficios obtenidos en activos (p. ej. propiedad intelectual) que salgan del territorio de un Estado miembro pasen a ser imponibles en ese Estado (normas sobre imposición de salida). Disponible en https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6853_es.htm, (último acceso 3-9-19).

⁶¹ BOE núm. 315 de 30 de diciembre de 2016: <http://www.boe.es/boe/dias/2016/12/30/pdfs/BOE-A-2016-12484.pdf> (último acceso 11-6-18).

introducidos por las Directivas UE 2016/881⁶² y 2011/16⁶³ que serán objeto de detenido análisis en el capítulo II de esta tesis.

Afecta siguiendo el tenor del art. 8 bis bis de la Directiva 2011/16 y el art. 14 del Reglamento del Impuesto de Sociedades a las entidades residentes en territorio español que sean dominantes en un grupo, así como a las entidades residentes en territorio español que no sean dependientes directa o indirectamente de una entidad no residente en territorio español, siempre que no sea al mismo tiempo dependiente de otra o establecimientos permanentes de entidades no residentes.

De los cinco artículos de la citada Orden destacamos el contenido del art. 2 que establece la información a incluir entre la que destaca los ingresos brutos del grupo, los resultados antes del Impuesto de Sociedades o de naturaleza análoga, la cifra de capital, plantilla media, activos materiales y entidades residentes. Esta información obviamente traza un que completo esbozo de la empresa en cuestión.

La presentación anual del modelo se hará por vía electrónica, como es habitual en los nuevos modelos que la AEAT está implantando desde 2013, y, en especial, aquellos cuya contenido va a ser objeto de intercambio con otras Administraciones Tributarias.

El documento incluye la terminología y los datos propios de un texto legal que adapta su articulado a las nuevas necesidades del intercambio de información potenciadas especialmente por CRS en el entorno europeo. De hecho no es habitual contemplar el término “jurisdicción fiscal” y menos el apartado “entidades residentes en jurisdicción fiscal” o “jurisdicción fiscal de constitución si es distinta de la jurisdicción fiscal de residencia” Todos ellos son términos que derivan de las Directivas citadas pero que en este momento adquieren desarrollo legislativo en nuestro país suponiendo un grado de profundidad inusual y cuya *última ratio* radica en la cooperación internacional que fomenta y exige nuevos retos y estándares.

⁶² Directiva (UE) 2016/881 del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad.

⁶³ Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE.

En términos evolutivos ha de citarse el Acuerdo administrativo entre la autoridad competente del Reino de España y la de Estados Unidos de América para el intercambio de informes país por país publicado en el BOE de 26-12-17⁶⁴.

Dentro del entorno de la transparencia fiscal internacional, en clave bilateral y desarrollando los Acuerdos FATCA, que estudiaremos en el capítulo siguiente. El Acuerdo define Grupo como conjunto de empresas con vinculación tal por razones de propiedad o control que le obliga a elaborar estados financieros consolidados a efectos de comunicación de información financiera conforme a principios contables aplicables, o que estaría obligado a presentarlos en caso de que las participaciones en el capital social de cualquiera de esas empresas se negociara en un mercado de valores público.

El Acuerdo hace prevalecer el derecho fiscal aplicable de un Estado sobre las normas de otras ramas específicamente las de Derecho Privado. No suele ser habitual encontrar esta prevalencia normativa y menos en favor del derecho fiscal y en el seno de un Acuerdo bilateral.

La adopción del lenguaje del intercambio automático XML⁶⁵ (el mismo elegido para FATCA y CRS) para el intercambio de informes “País por País” no es una mera coincidencia, sino una confirmación de la conexión de estas normas entre sí (art.3).

El empleo de la información contenida en los Informes se protege y limita en el art.5, para que la misma sea usada tan solo con fines tributarios determinados en el Acuerdo, cumpliendo así el art. 27 del Convenio de Doble Imposición de 1990 entre España y EEUU.

Por su parte la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 17-6-15⁶⁶, sobre cinco áreas clave de acción para un sistema justo y eficiente de impuestos sobre empresas, señala los objetivos para que las empresas actúen fiscalmente de manera

⁶⁴ BOE núm. 313 de 26 de diciembre de 2017: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/12/26/pdfs/BOE-A-2017-15459.pdf>, (último acceso 11-6-18).

⁶⁵ Trataremos ampliamente las convergencias de este lenguaje y su implicación en FATCA y CRS en el capítulo II de esta tesis.

⁶⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la UE: cinco ámbitos de actuación fundamentales. COM (2015) 302 FINAL, 17-6-15, www.ue.org, (último acceso 20-4-16).

responsable y justa en el seno de la UE evitando impuestos al determinar sus pagos corporativos.

La primera medida es la creación de un impuesto base consolidado⁶⁷. Este funciona mejorando el entorno fiscal de las empresas, generando un marco tributario que reduzca complejidades y simplifique la tributación entre los Estados. El segundo aspecto es, a nuestro entender, el de mayor calado: aseguramiento efectivo de la imposición donde los beneficios sean generados u obtenidos. Está en clara conexión con los escándalos con multinacionales como Fiat, Google, Amazon, Starbucks o Apple.

Dotar de mayor seguridad y mejorar la tributación para los negocios constituye el objetivo de la tercera medida junto a la cuarta: progresar en transparencia fiscal dentro del Mercado Único. Estos progresos se articulan entre otros mediante la quinta medida: herramientas de coordinación esencialmente a través de la cooperación entre los Estados miembros. La lucha se centra en la evasión fiscal y la planificación fiscal agresiva mediante la firma de acuerdos de intercambio de información tributaria.

El nuevo Reglamento del Impuesto de Sociedades (RD 634/2015 de 10 julio⁶⁸) estipula que las multinacionales residentes en España con una cifra de negocio superior a 750 millones de euros, y que tengan condición de dominantes en un grupo, estarán obligadas a partir de 2016 a suministrar información a la AEAT de los impuestos que pagan país por país. La fecha efectiva del intercambio será 2017 actuando coordinadamente con la OCDE. Así mismo se ven afectadas las filiales de empresas que residan en un territorio con el que no exista acuerdo de intercambio automático de información.

⁶⁷ A grandes rasgos, siguiendo la Nota 9019/17 del ECONFIN 347 respecto de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la base imponible común del impuesto de sociedades (BICIS), se establecen normas comunes relativas al impuesto de sociedades a efectos de cálculo de la base imponible de las sociedades dentro de la UE. Sobre esta base, los contribuyentes deben calcular su deuda tributaria aplicando un tipo impositivo nacional para el impuesto sobre sociedades y los posibles créditos fiscales aplicables en el Estado miembro de residencia. Al hilo de esto puede citarse la postura, largamente sostenida en el tiempo del profesor Adriano DI PIETRO, catedrático de Derecho Tributario de la Universidad de Bolonia y director (2012) de la Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios. Su línea de investigación se centra en solventar los conflictos que puedan derivar de la coexistencia de diversos órdenes normativos en el plano de la fiscalidad directa e indirecta a través de la armonización, que en un segundo grado e efectúa por el TJUE. Es digna de mención, por la vigencia de las ideas apuntadas, su obra DI PIETRO, A.: “Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma”, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010.

⁶⁸ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7771, (último acceso 4-3-16).

El contenido de la información incluye: país; ingresos; resultados brutos; impuestos devengados y satisfechos; fondos propios; valor neto contable de los activos materiales y el número de empleados.

Como resultado práctico de este acuerdo multilateral, la Agencia Tributaria podrá obtener, sin necesidad de pacto bilateral alguno, información sobre los impuestos pagados por las multinacionales cuya matriz radique en Estados firmantes del acuerdo que se prevé aumenten exponencialmente. Se garantiza así la confidencialidad de la información obtenida que será de uso exclusivo de las Administraciones tributarias.

Corroborando lo ya expresado, consideramos destacable la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 28 de enero de 2016 sobre Estrategia exterior para una imposición efectiva⁶⁹

Nos congratulamos al constatar en el documento no solo la preocupación de las autoridades comunitarias por una fiscalidad de las empresas justa y eficaz, sino también por la identificación de la competencia perniciosa y la planificación fiscal abusiva como elementos para la elusión del impuesto de sociedades. Esta nitidez conviene a los efectos didácticos de la ciudadanía y su concienciación mientras se reconoce una necesidad de actuación coordinada en la gobernanza fiscal de la UE que evite mensajes contradictorios en esta materia y refuercen el mercado único.

El documento sintetiza en dos grandes medidas los criterios de buena gobernanza europea: De una parte, aumentando la transparencia fiscal mediante el intercambio automático de información propuesto por la OCDE. De otra, propiciando una competencia fiscal más leal, alineándose con los trabajos del G20 y la OCDE, y apoyando por tanto el proyecto BEPS⁷⁰.

Otras medidas en curso conllevan, en el marco del Derecho Internacional, la inclusión de cláusulas de buena gobernanza fiscal en los acuerdos entre la UE y los terceros países o regiones y tratar el asunto de las ayudas estatales de los terceros países.

⁶⁹ COM (2016) 24 FINAL de 28-1-16, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-24-ES-FI-1.PDF>, (último acceso 20-4-17).

⁷⁰ Un actualizado y certero análisis de la evolución de BEPS lo podemos encontrar en NOCETE CORREA, F.J.: “Ilusión fiscal y economía digital: ¿hacia una planificación normativa agresiva?” Revista Carta Tributaria, núm. 43, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, octubre, 2018. No obstante, no compartimos la conclusión final que alude a una previsible extralimitación jurídica de BEPS en el entorno regulatorio de la economía digital.

Junto a todo esto se lleva a cabo una labor de asistencia internacional para ayudar a cumplir normas de buena gobernanza fiscal. Se trata de un conjunto de medidas donde la UE promueve la educación financiera de terceros países en el ámbito de la gobernanza y la fiscalidad de empresas con una finalidad: recaudar más y gastar mejor.

Esta labor se realiza, en parte, ayudando a países en desarrollo (especialmente del área asiática y latinoamericana) a cerrar la brecha de la política tributaria y del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Para tal fin se precisa ampliar la base imponible, completar lagunas jurídicas existentes y luchar contra la elusión fiscal con eficacia y decisión.

Estas políticas se coordinan con Naciones Unidas (NU), el G20 y la OCDE así como los diversos programas que estas organizaciones tienen en marcha dentro del marco de la política tributaria.

Esta labor y estas políticas se complementan con otras, que veremos a lo largo de este capítulo, y que se relacionan con la elaboración y publicación de listas (lista paneuropea provisional y lista definitiva) de terceros países y territorios no cooperadores en el ámbito de la fiscalidad. Todo ello con la finalidad de ofrecer mayor seguridad jurídica a las empresas y a los terceros países empleando al tiempo la información para dotar de un enfoque de mayor convergencia hacia la UE.

Se trata, *in fine*, de evitar la planificación fiscal agresiva que logre la escasa o nula tributación, aprovechando la diversidad tributaria internacional.

En conclusión, respecto de la territorialidad del Derecho fiscal una noción hay que tener clara en todo momento: una norma tributaria interna no puede aplicarse directamente en territorio extranjero sin que ello sea óbice para que, mediante la colaboración administrativa entre Estados y la asistencia mutua, se permita tanto el intercambio de información como la recaudación ejecutiva.

1.2.3.2 Fuente y Residencia Fiscal.

Tomando como referencia la renta de las personas físicas puede afirmarse que existen dos criterios para determinar la sujeción a la imposición:

- 1) El criterio de residencia (*residence*) suele ser usado mayoritariamente por los Estados a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de estos impuestos. En este

caso hablamos de sujeción plena al impuesto o *unlimited tax liability* mediante la cual los residentes graban su renta mundial con independencia de donde se obtenga. Se da además una razón lógica y es que el residente debe contribuir con sus impuestos al país donde se halle pues es en éste donde disfruta de infraestructuras y servicios con carácter predominante.

Este criterio es el adoptado por la OCDE y sus tratados fiscales.

La modernidad de este concepto, originario del siglo XIX y perfeccionado en el XX, se percibe en su evolución y permanente revisión doctrinal y práctica a medida que se desvelan mecanismos correctores en la lucha contra el fraude fiscal.

En España consagró este sistema con el advenimiento de la democracia en 1978.

- 2) El criterio de fuente u origen (*source*) de imputación de rentas consiste en someter a gravamen toda renta obtenida en un territorio al margen de consideraciones sobre nacionalidad o residencia de quien las obtiene.

Este criterio ha sido adoptado por Naciones Unidas y los tratados fiscales que ha producido. Hoy, sin embargo, este enfoque se encuentra en regresión imponiéndose mayoritariamente los postulados defendidos por la OCDE.⁷¹

Este criterio puede incentivar la salida de capital inversor al exterior.

En la última década del siglo XX se han propiciado corrientes doctrinales que generan una tendencia hacia la reducción de la soberanía fiscal de los Estados conducente a que estos no graven rentas sobre la residencia (Informe RUDING de 1992 o para la Comisión Europea⁷²), entre otras razones por la dificultad técnica que esto entraña con la libertad de capitales y mercados, no solo en la UE sino en diversos territorios surgidos al amparo de acuerdos de libre comercio (NAFCA, Sudeste Asiático y en negociación UE y EEUU). Podríamos concluir que en el ámbito europeo la necesidad de eliminar la doble imposición interna e internacional se consagra en el citado Informe.

⁷¹ En este concepto se alinean entre otros Hong Kong, Singapur, Uruguay, Panamá, Costa Rica, Guatemala o Nicaragua. En la década de los 90, Argentina y Brasil, a medida que se incorporaban al grupo de países desarrollados, dejaron de usar esta figura empleando el criterio de renta mundial.

⁷² Una versión abreviada del citado Informe puede consultarse en <http://aei.pitt.edu/8702/1/8702.pdf>, y resumen ejecutivo en http://aei.pitt.edu/1332/1/ruding_tax_report.pdf, (último acceso 4-2-16).

En el caso de España encontramos una regla general en el art.7 de la LGT⁷³ jerarquiza las fuentes del ordenamiento tributario español y confiere a los Tratados Internacionales un lugar relevante en el orden correspondiente tras nuestro texto constitucional. Como ejemplo de tal expresión podemos citar los casos de Convenios de Doble Imposición (CDI), donde prevalece tal Convenio sobre la normativa interna restante.

Los CDI determinan los casos en los que un residente pueda serlo de dos países concluyendo la residencia que prevalece a estos efectos. Si es residente de sólo de un Estado se le aplica el criterio de ese Estado.

Vivienda, residencia permanente o, por lo general, permanencia en el país por tiempo determinado a lo largo de un periodo cierto (por lo general un año) suelen ser los criterios más determinantes al establecer la residencia de una persona física.

La condición de residencia habitual en España se recoge en el art. 9 de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (LIRPF). Se dan dos circunstancias para ser residente habitual:

- a) permanencia de la persona más de 183 días dentro del año natural en territorio nacional;
- b) que radique en España el núcleo principal o base de las actividades o intereses económicos de forma directa o indirecta.

⁷³ Art. 7. Fuentes del ordenamiento tributario.

“1. Los tributos se regirán:

- a) Por la Constitución.
- b) Por los tratados o convenios internacionales que contengan cláusulas de naturaleza tributaria y, en particular, por los convenios para evitar la doble imposición, en los términos previstos en el artículo 96 de la Constitución.
- c) Por las normas que dicte la Unión Europea y otros organismos internacionales o supranacionales a que se atribuya el ejercicio de competencias en materia tributaria de conformidad con el artículo 93 de la Constitución.
- d) Por esta ley, por las leyes reguladoras de cada tributo y por las demás leyes que contengan disposiciones en materia tributaria.
- e) Por las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de las normas anteriores y, específicamente en el ámbito tributario local, por las correspondientes ordenanzas fiscales.

En el ámbito de competencias del Estado, corresponde al Ministro de Hacienda dictar disposiciones de desarrollo en materia tributaria, que revestirán la forma de orden ministerial, cuando así lo disponga expresamente la ley o reglamento objeto de desarrollo. Dicha orden ministerial podrá desarrollar directamente una norma con rango de ley cuando así lo establezca expresamente la propia ley.”

La permanencia, en el caso de las personas físicas, reviste por tanto carácter de obligación fiscal a estos efectos.

A mayor abundamiento, la Dirección General de Tributos (DGT) ha señalado reiteradamente su criterio para la acreditación de la residencia fiscal⁷⁴ al afirmar “que la residencia habitual de una persona se contempla desde el punto de vista fiscal, luego la acreditación de la residencia tiene que tener carácter fiscal, no pudiendo dar en principio validez a otros certificados de residencia pues una persona puede tener permiso de residencia o residencia administrativa sin que pueda ser considerado fiscalmente en ese Estado. Se considera que una persona tiene residencia fiscal en un determinado país cuando está sometido a imposición en él por obligación personal, esto es, por su renta mundial. Tampoco puede acreditarse la residencia fiscal con certificados de empadronamiento ni con recibos de consumo de agua, gas, electricidad, etc., ya que las personas no siempre residen fiscalmente en el lugar donde están empadronadas y los recibos de los servicios citados no presuponen que el consumo se haya realizado por el titular”.

En consecuencia, para acreditar la residencia fiscal en un determinado país, solo se puede aceptar el certificado de residencia expedido por la Autoridad Fiscal competente de ese país en el que consten su permanencia y sus obligaciones fiscales en el mismo.

El problema, ante este último criterio de la DGT, surge cuando nos consta que ciertos Estados de relevancia no expiden tales certificados.

En cualquier caso, en España el contenido de estos certificados viene regulado por la Orden HAC/3626/2003 de 23 de diciembre y podrá ser emitido incluso a través de internet.

La excepción más significativa a estos certificados, como ha matizado acertadamente MARTÍN-ABRIL⁷⁵ radica en las cuentas de no residentes para las cuales sus titulares,

⁷⁴ En relación con los criterios sobre la residencia fiscal resulta de interés, en el espacio europeo, la STJE de 19 de octubre de 2004 (As. Zhu y Chen C-200/02), ECLI:EU:C:2004:639, que aborda el derecho de residencia, los menores de edad con progenitores en otro Estado miembro y el derecho de residencia de la madre en un segundo Estado. En esta sentencia se afirma que “en relación con los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), confiere (n) a un nacional menor de edad de un Estado tercero, el derecho a residir en otro Estado miembro en el que el menor de edad es destinatario de servicios de puericultura.”

⁷⁵ MARTÍN ABRIL y CALVO, D.: “Obligaciones Formales y Gestión Tributaria de los no residentes” en Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

sujetos al Impuesto de la Renta de los No Residentes (IRNR), siguiendo el art.14 del TRLIRNR, deben simplemente aportar una declaración firmada por ellos mismos, indicando el país o territorio donde dicen ser residentes.

Diferente es el régimen legal aplicable al no residente. Cuando el no residente tiene su residencia en un país con CDI, este convenio tiene prioridad en su aplicación. En primer lugar habrá que determinar que rentas son las que el CDI permite que sean gravadas por el Estado español y solo respecto a ellas entra en juego la Ley española.

La mayoría de CDI tiene una estructura similar ya que siguen el Modelo de Convenio OCDE.⁷⁶

Estados Unidos protagoniza un planteamiento casi único a nivel mundial, de tal suerte que en este país tributan por la renta mundial no sólo los residentes y los propietarios de una tarjeta verde o *green card* que permanecen más de 183 días (de los que al menos 31 deben ser del ejercicio fiscal) sino también las personas con nacionalidad estadounidense no residentes.

La razón para ello la encontramos en la extensa y robusta protección que el Gobierno norteamericano dispensa a sus nacionales.

En otras palabras, el impuesto federal norteamericano sobre la renta de las personas físicas se aplica sobre las rentas mundiales de sus contribuyentes (nacionales, residentes y sociedades).

Estas puntualizaciones son cruciales para conocer el alcance de leyes dictadas contra el fraude y la evasión fiscal internacional como lo es la *Foreign Account Tax Compliance Act* conocida como FATCA y promulgada por el Gobierno de los Estados Unidos en 2010. FATCA tendrá el objetivo de suplir las dificultades de información que las

⁷⁶ En Derecho comparado la situación es diversa: Alemania por su parte considera residente a quien vive más de seis meses en un año o más de seis meses seguidos a partir del cierre del ejercicio.

En Reino Unido es residente si se permanece 183 días o si las visitas exceden de 91 días durante 4 años consecutivos en cuyo caso la persona será residente a partir del quinto año.

Austria considera residente a quien disponga de una vivienda permanente (salvo que la utilice menos de 70 días y su centro de intereses se encuentre en el extranjero) y a quien permanezca seis meses.

En Suiza serán residentes quienes tengan un empleo o realicen actividad empresarial así como quienes permanecen en su territorio al menos 180 días (si es en el mismo domicilio (dirección) bastan 90 días.

autoridades fiscales norteamericanas encuentren para conocer los activos en el extranjero de las personas y sociedades residentes en Estados Unidos⁷⁷.

Estados Unidos ha protegido el derecho a gravar a sus nacionales en los CDI incluyendo la *Saving Clause* o cláusula de reserva.

Mediante su uso al gravar por su renta mundial a un contribuyente norteamericano residente en otro Estado, las rentas correspondientes se consideran obtenidas en el otro Estado en aplicación de las medidas de doble imposición siempre que el impuesto pagado en Estados Unidos no sea inferior al que habría pagado si no se tratara de un nacional de este país.⁷⁸

Para casos de doble residencia se aplicaría el art. 4.2 del Modelo OCDE que consagra que la persona será residente del Estado donde tenga vivienda permanente a su disposición (en propiedad, alquiler u otro título)⁷⁹.

⁷⁷ Para aplicar este concepto de renta mundial se reconocen notables deducciones a favor de los nacionales estadounidenses junto a lo contenido en los diversos convenios:

- Por una parte la *foreign earned income exclusion* que permite deducir en la base los salarios cobrados en el extranjero o rendimientos obtenidos como autónomo hasta un máximo de 100.000 dólares (actualizables cada año) cumpliendo una serie de requisitos de buena fe y presencia física.
- Por otra la *foreign housing exclusion* que permite deducir cantidades pagadas en el extranjero por alquiler pero no compra de vivienda, alquiler de mobiliario, educación de hijos, seguros de daños e impuestos sobre la vivienda con límites máximos.

Pueden solicitarse ambas deducciones pero una misma cantidad no puede beneficiarse simultáneamente de las mismas.

⁷⁸ CDI España-USA 22-12-90, reformado el 14-7-14, dando, entre otras, nueva redacción al art. 27 sobre intercambio de información y asistencia administrativa.

⁷⁹ Art. 4.2: “Cuando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, su situación se resolverá de la siguiente manera:

- a) dicha persona será considerada residente solamente del Estado donde tenga una vivienda permanente a su disposición; si tuviera una vivienda permanente a su disposición en ambos Estados, se considerará residente solamente del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales);
- b) si no pudiera determinarse el Estado en el que dicha persona tiene el centro de sus intereses vitales o si no tuviera una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados, se considerará residente solamente del Estado donde more;
- c) si morara en ambos Estados, o no lo hiciera en ninguno de ellos, se considerará residente solamente del Estado del que sea nacional;
- d) si fuera nacional de ambos Estados, o no lo fuera de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los Estados contratantes resolverán el caso de común acuerdo.”

Si tiene vivienda permanente en los dos Estados se considera residente del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de interés vital).

Caso de no poder determinar esto se acudirá a ver dónde vive de manera habitual y si este criterio falla se aplica la nacionalidad para determinar su residencia.

La carga de la prueba de residencia queda para el país que pretende gravar sus rentas salvo que sea el particular quien pretenda demostrar otras circunstancias.

En cuanto a personas jurídicas, según el Modelo OCDE, las sociedades son consideradas mayoritariamente residentes si se constituyen conforme a la legislación de un país en cuestión así como aquellas con sede efectiva de dirección en su territorio.

España, mediante el art. 8.2 de la LIRPF, extiende automáticamente la residencia a personas de nacionalidad española cuando trasladan su residencia a un paraíso fiscal. Esa extensión alcanza al periodo impositivo en curso (analizado) y a los cuatro años anteriores.

El art.8.1⁸⁰ el Texto Refundido de Ley de Impuesto de Sociedades (TRLIS) detalla los motivos para que sean consideradas residentes:

- Que tengan domicilio social en España.

⁸⁰ Art. 8. Residencia y domicilio fiscal.

“1. Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas.
- b) Que tengan su domicilio social en territorio español.
- c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

A estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades.

La Administración tributaria podrá presumir que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, según lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, o considerado como paraíso fiscal, tiene su residencia en territorio español cuando sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en éste, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la simple gestión de valores u otros activos.”

- Que se hayan constituido según la ley española.
- Que tengan en territorio español la sede efectiva considerada esta como lugar de control de sus actividades.

Por otra parte la legislación española permite considerar como residentes en España a aquellas sociedades que aparezcan radicadas en paraísos fiscales cuando sus activos principales radiquen sin embargo en España salvo que se pruebe que la sede efectiva de dirección está en el paraíso fiscal.

El art. 48.2⁸¹ de la LGT establece como domicilio para las personas físicas el de su residencia habitual y para las personas jurídicas el de su domicilio social siempre que en el este efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso se atenderá al lugar en que radiquen dicha gestión o dirección.

En relación a algunas figuras propias de sistemas anglosajones como las sociedades de personas o colectivas (*general partnerships, limited partnerships, partnerships limited by shares*) no tienen correspondencia con otras de ningún ordenamiento con lo que no se les reconoce personalidad jurídica independiente de sus socios.

⁸¹ “2. El domicilio fiscal será:

a) Para las personas físicas, el lugar donde tengan su residencia habitual. No obstante, para las personas físicas que desarrollen principalmente actividades económicas, en los términos que reglamentariamente se determinen, la Administración tributaria podrá considerar como domicilio fiscal el lugar donde esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de las actividades desarrolladas. Si no pudiera establecerse dicho lugar, prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado en el que se realicen las actividades económicas.

b) Para las personas jurídicas, su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en el que se lleve a cabo dicha gestión o dirección.

Cuando no pueda determinarse el lugar del domicilio fiscal de acuerdo con los criterios anteriores prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado.

c) Para las entidades a las que se refiere el apartado 4 del artículo 35 de esta ley, el que resulte de aplicar las reglas establecidas en el párrafo b) anterior.

d) Para las personas o entidades no residentes en España, el domicilio fiscal se determinará según lo establecido en la normativa reguladora de cada tributo.

En defecto de regulación, el domicilio será el del representante al que se refiere el artículo 47 de esta ley. No obstante, cuando la persona o entidad no residente en España opere mediante establecimiento permanente, el domicilio será el que resulte de aplicar a dicho establecimiento permanente las reglas establecidas en los párrafos a) y b) de este apartado.”

Estas divergencias entre diversos sistemas jurídicos (anglosajón y continental) son aprovechadas por los defraudadores para obtener ventajas fiscales fuera de la ley o en aplicación límite de la misma siempre al margen de su espíritu⁸².

⁸² Mención aparte nos merece el tratamiento legal de la figura así mismo anglosajona del *trust*. El ordenamiento español no la reconoce por lo que no existen normas fiscales directas y suele considerarse al fiduciario como verdadero titular olvidando la identificación de los beneficiarios. Suelen, así mismo, causar problemas en la aplicación de los CDI ya que son frecuentes en el marco jurídico del *common law* y despiertan la desconfianza en los Estados que se regulan por el Derecho civil. Mantiene origen similar a la fiducia romana y a las sustituciones fideicomisarias tradicionales del derecho hereditario español. La utilización del *trust* está muy relacionada con los servicios profesionales de gestión de carteras y patrimonios en la banca privada.

Ténganse en cuenta, respecto de su naturaleza legal y tributaria, las contestaciones a las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos V0817-18 de 26-3-18 y V0864-18 de 28-3-18. En ellas se viene a concluir que ningún derecho civil aplicable en España recoge específicamente la figura del *trust* habiéndose negado, como señala PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, el Estado español a reconocer este contrato al no firmar el Convenio de la Haya sobre Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento de 1 de julio de 1985. En consecuencia la DGT considera las relaciones de los intervinientes en el mismo como “realizadas directamente entre sus aportantes y beneficiarios con las repercusiones fiscales” correspondientes lo que deja sin efecto fiscal alguno el uso de esta figura.

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J.: “Fiscalidad de los *trusts* y de los seguros de vida” en revista Carta Tributaria, núm. 43, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, octubre, 2018.

En las jurisdicciones *off shore* se emplea para la elusión final al aprovechar la separación existente entre la administración y la propiedad legal al tiempo que son usadas frecuentemente como barrera que dificulta la identificación de beneficiarios efectivos en inversiones y sociedades.

El *trust* suele ser usado como vehículo evasor por las grandes fortunas o capitales. Es habitual que se radique en paraísos fiscales.

Se detectan ciertas similitudes, en la finalidad última, con respecto a instituciones jurídicas españolas tales como las sustituciones fideicomisarias y los pactos sucesorios.

El *trust*, propio del Reino Unido y Estados Unidos, es una figura compleja empleada en la planificación fiscal buscando un diferimiento, sin fecha, de la tributación de las rentas del mismo.

En el Derecho anglosajón el *trust* conecta con el derecho de propiedad y las obligaciones sin olvidar su relación con sucesiones y derecho de familia. Su utilización más intensiva se materializa en la gestión de la propiedad inmobiliaria y sus diversas formas de aprovechamiento.

El Convenio de la Haya de julio de 1985 (en vigor desde 1992) sobre *trust* y reconocimiento pretende simplificar los problemas de su reconocimiento por otros ordenamientos jurídicos. Por el momento ha tenido pocas ratificaciones y entre ellas no se encuentra la de España.

El artículo 2 define los elementos del mismo:

«A los efectos del referido Convenio, el término *trust* se refiere a las relaciones jurídicas creadas –por acto inter vivos o mortis causa– por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado.

El *trust* posee las características siguientes:

- a) Los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;
- b) El título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*;

En este punto debe mencionarse el art. 107 de la TRLIS que aborda la transparencia fiscal internacional⁸³; Se trata, grosso modo, de un régimen cuya finalidad es someter a imposición en sede a entidades o personas residentes en España si determinadas rentas obtenidas en el extranjero por sociedades instrumentales controladas con objeto de igualar la tributación de las rentas percibidas directamente respecto de las rentas acumuladas en tales sociedades instrumentales para evitar una no distribución de resultados que origine un diferimiento de la tributación.⁸⁴ Por consiguiente, nos encontramos ante una medida anti-paraíso de doble vertiente al penalizar la utilización del paraíso impidiendo la deducción del impuesto satisfecho en ese territorio y desincentivando la utilización de sociedades instrumentales constituidas en ciertos países.

c) El *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga».

La Administración fiscal británica, por su parte, define el trust como una obligación jurídica por la que un *trustee* o administrador asume el deber de administrar una renta o un capital de determinada manera, generalmente en beneficio de otra persona o grupo de personas (*beneficiary* o beneficiario). La persona que aportó los activos originales para el trust (el *settlor* o constituyente) puede ser también *trustee* o beneficiario.

Por tanto, en el trust existe un patrimonio separado gobernado por un documento o escritura fundacional que, creado por el constituyente (*settlor*), es cedido a unos fiduciarios (*trustees*) con el fin de que sea administrado de acuerdo con las instrucciones del primero y a favor de uno o más beneficiarios (*beneficial owners*). Dicho patrimonio carece de personalidad jurídica y, por ende, no puede ser titular de derechos y obligaciones.

El trust, al igual que el negocio fiduciario, se basa en una relación de confianza pero tiene una característica distintiva: el desmembramiento del derecho de propiedad, desdoblándose la misma en una propiedad formal o legal (*legal ownership*), que correspondería al *trustee*, y una propiedad de equidad (*equitable ownership*), que corresponde al beneficiario del trust. Dicho desdoblamiento no es posible en los países de Derecho Continental como España y de ahí su falta de reconocimiento.

Como principal divergencia entre el trust y la fiducia señalamos que en el negocio fiduciario hay una relación bilateral frente a la tripartita que propone el *trust* pero además el de la causa del negocio en el trust radica en la gestión de un negocio ajeno.

En suma, la extrema flexibilidad del trust conlleva problemas a los sistemas tributarios y será a través de los beneficiarios como se pueda gravar los beneficios que estas figuras jurídicas puedan obtener. El problema de mayor relevancia para nuestro campo de estudio surge cuando hay dificultades para conocer la residencia de los fiduciarios o de los *trustees*. Quizás esto pueda ilustrarse mejor cuando abordemos las medidas para conocimiento de la persona de control de toda figura jurídica (incluido el *trust*) que ha diseñado la legislación CRS enfocada a conocer la residencia fiscal de sus titulares y partícipes así como el centro de su administración efectiva.

⁸³ CRUZ PADIAL, I.: “Transparencia fiscal internacional, régimen general de interrelación con los Convenios de Doble Imposición”, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

⁸⁴ ARESPACOHAGA LLOPIZ, J.: “La planificación fiscal internacional”, Marcial Pons, Madrid, 1996.

1.2.4. El necesario papel de los Estados en la lucha contra el fraude fiscal. Los pilares del fraude fiscal.

En la historia del fraude fiscal internacional los Estados⁸⁵ han jugado un papel relevante. El objetivo de defraudar, de no pagar tributos, está en la naturaleza humana⁸⁶ pero no se podría haber constituido en un problema de la magnitud y relevancia actual que hoy tiene si no fuese porque algunos Estados han contribuido a implantar medidas claramente propiciadoras del fraude internacional para extender su influencia y su riqueza en detrimento de otros; Así, desde finales del siglo XIX y especialmente finales del XX, (acrecentado por la descolonización y fuertemente alentado por Gran Bretaña) percibimos un incremento de jurisdicciones y territorios de nula o baja tributación donde además los controles sobre el origen del dinero recibido han sido prácticamente inexistentes.

Basta comprobar la lista de paraísos fiscales tanto de la UE como de España para confirmar este origen anglosajón que aún hoy se mantiene, sin olvidar la propia consideración de la City londinense, si bien aquí entramos en el terreno de la elusión y la baja tributación.

Así siguiendo la lista propuesta por la UE constituida por treinta países y jurisdicciones, veintidós son o han sido territorios británicos y pertenecen o han pertenecido a la *Commonwealth*. Según la lista actualizada por la AEAT de treinta y dos territorios, veintidós son de origen británico.

Por ello no sorprende que precisamente estos Estados y sus territorios dependientes sean los más activos en la firma de tratados internacionales en la lucha contra la evasión fiscal y el fraude internacional.

⁸⁵ Téngase en cuenta las precisiones conceptuales realizadas en el apartado 2.1 de este capítulo. El término “Estado” se ve sustituido por el concepto de “Jurisdicción” empleado mayoritariamente por los organismos internacionales que tratan la cooperación internacional y la lucha contra la evasión fiscal.

⁸⁶ Para un análisis de perfil sociológico resulta de interés la introducción de GIMÉNZ-REYNA, E. en “El fraude fiscal en España” GIMÉNEZ-REYNA, E. y RUIZ GALLUD, S. (Coordinadores), Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 38-42.

Entre los años 2013 a 2015, veinte un países y territorios de la *Commonwealth* firmaron Acuerdos FATCA. En el sistema CRS propuesto por la OCDE (evolucionando desde FATCA) de los cincuenta y cuatro países iniciales (*early adopters*), trece tenían origen británico.

En términos geopolíticos no debemos olvidar donde se ubica la riqueza y el PIB mundial; por eso también resulta lógico pensar que el fraude fiscal y la creación de estructuras para su ocultación tengan un origen occidental en su mayoría.

Dos figuras han propiciado el fraude fiscal en su dimensión actual:

- El secreto bancario.
- Los paraísos fiscales.

Ambas están relacionadas con la comisión de delitos y el incumplimiento de obligaciones fiscales.

La cumbre del G20 celebrada en Londres en 2009 acordó el fin de la era del secreto bancario y para su consecución era y es preciso demoler los paraísos fiscales. En 2015 los pilares de un nuevo ciclo están sólidamente establecidos para lograr un objetivo ambicioso pero factible. El compromiso atañe a la voluntad política de los Estados y a la colaboración de empresa y banca. Se atisba el principio del fin de los paraísos, su secreto bancario y la opacidad de la información.

1.2.4.1 El secreto bancario.

El secreto bancario⁸⁷ es una de las instituciones más características del ámbito bancario. No se encuentra recogido explícitamente en norma legal alguna pero es admitido comúnmente como derecho de intimidad en el interior de las operaciones financieras que realice el cliente bancario.

Consiste, a grandes trazos, en la obligación de las entidades financieras de no revelar datos privados del cliente a los que ha tenido acceso mediante la relación comercial entablada. Existen excepciones donde se facilitan esos datos al estar en juego otros

⁸⁷ Algunos autores consideran diferente al secreto tributario definiéndolo como aquel que debe ser permitido en regímenes democráticos por fines de interés público jurídicamente justificados.

intereses dignos de protección⁸⁸ (requerimientos de autoridades judiciales o administrativas).

El secreto puede definirse en la opacidad de datos que la entidad financiera adopta sobre sus clientes de cara a terceros incluyendo el propio Estado; se trata de un fenómeno contemporáneo diferente del preceptivo sigilo y discreción con el que los operadores bancarios deben actuar diariamente.

El secreto bancario ha generado no pocas situaciones de desigualdad fiscal pues aquella persona o sociedad con opciones y recursos se ampara tras él para no tributar o tributar lo mínimo tras cuentas cifradas; en este sentido Suiza es el paradigma del secreto bancario y su industria bancaria ha florecido bajo este argumento. Hoy, forzada por escándalos de renombre universal se ha visto abocada a colaborar en la lucha contra el fraude mediante la firma de diversos tratados internacionales (FATCA) que permiten el intercambio de datos sobre la identidad y el conocimiento de los productos financieros de los clientes de banca en ese país. De hecho se puede afirmar que el origen de FATCA es precisamente éste, cuando en 2001 el ciudadano de origen ruso y residente en EEUU Igor Olenikoff fue acusado de fraude fiscal en Estados Unidos utilizando estructuras societarias complejas radicadas en paraísos fiscales caribeños a través de sus cuentas en la entidad suiza UBS. La investigación finalizó con un acuerdo (importante sanción) con las autoridades tributarias norteamericanas (*Internal Revenue Service, IRS*) para evitar una escalada penal del caso contra el banco suizo y con una de las mayores recompensas jamás concedida a un delator fiscal⁸⁹ (Bradley Birkenfeld, ex gestor de UBS). La información obtenida en el caso permitió una nueva demanda penal contra UBS para que facilitase información sobre 52.000 cuentas corrientes propiedad de

⁸⁸ Aunque posteriormente se explicará con profusión, hemos de advertir las numerosas obligaciones fiscales que impone la legislación nacional e internacional a las instituciones financieras, singularmente las bancarias y que implican los deberes de cumplimiento mediante el suministro de información regular a las Administraciones Tributarias. La naturaleza de esas obligaciones puede ser variada aludiendo a los servicios de pago, la fiscalidad (de especial trascendencia para este trabajo), la cooperación administrativa o la penal, entre otras.

⁸⁹ Abordaremos en el capítulo III de esta tesis la figura del delator o denunciante al encarar el estudio de la información aportada y el intercambio automático de datos no solo de naturaleza tributaria. Una relación de personas, no demasiado conocidas, conforman la lista entre las que destacamos, junto a Birkenfeld, el caso Falciani o el de Heinrich Kieber (banco luxemburgués LGT). Sobre la naturaleza de la denuncia y la evolución del concepto de delator resulta de interés GIMENO BEVÍA, J.: “De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (*whistleblower vs bounty hunter*)”, Diario La Ley, Ed. Wolters Kluwer, núm. 9139, Sección Tribuna, 14 de febrero de 2018.

ciudadanos norteamericanos. En 2011 los gestores de Credit Suisse fueron demandados y acabaron proporcionando información al IRS.⁹⁰

Desde ese momento Estados Unidos percibió que su legislación nacional e internacional no era suficiente para atajar con garantías el fraude fiscal y comenzó a pergeñar una normativa en este sentido⁹¹.

Las reservas que Suiza, Austria, Luxemburgo y Bélgica opusieron en 2005 al intercambio de información basadas en la relevancia del secreto bancario, fueron superadas en 2009. En marzo de 2009 los citados Estados levantaron sus reservas y así se manifiesta en el Modelo OCDE de 2010.

Puede afirmarse que ese año se decreta la defunción del secreto bancario y así, por una parte, tenemos la posterior firma por parte de los cuatro Estados citados anteriormente de los tratados FATCA y los Acuerdos CRS. Por otra, se verán afectados por la Directiva comunitaria 2014/107⁹² que consagra el intercambio automático y estandarizado de información tributaria sin que sea posible oponer el secreto bancario como límite a tal intercambio. Esta Directiva será objeto de pormenorizado estudio en el capítulo II⁹³.

En la mayoría de países los bancos e instituciones financieras deben proteger la confidencialidad de los datos financieros de sus clientes. Ésta obligación afecta no solo protección sobre la información bancaria contra su divulgación a terceras partes sino que también incide en el acceso a dicha información por parte de las autoridades

⁹⁰ Informe del Senado de EEUU (Permanent Subcommittee on Investigations, Carl Levin, Chairman) de 26- 2-14 “*Offshore tax evasion: the effort to collect unpaid taxes on billions in hidden offshore accounts*”.

⁹¹ CORONAS VALLE, D.: “El control fiscal de la cuentas bancarias de ciudadanos estadounidenses” Cuadernos de Información Económica num.234 FUNCAS, mayo- junio, Madrid, 2013. Las estimaciones de las Autoridades norteamericanas tras el citado escándalo elevan a una cifra superior a los 2,7 billones de dólares el importe de los casi treinta mil evasores acogidos a regularización voluntaria.

⁹² Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad. DOUE 359/1 de 16 de diciembre de 2014.

⁹³ Otras menciones al secreto bancario en el ordenamiento comunitario pueden hallarse en el art 5.3 de la Directiva 2010/24 del consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas con posible denegación sobre datos que revelen información bancaria acerca de secretos comerciales, industriales o profesionales. La Directiva 2011/16 también aborda la cuestión en sus artículos 17 y 18 limitando la información que afecte al secreto bancario a periodos posteriores al 1 de enero de 2011.

gubernamentales incluyendo las autoridades fiscales. Las instituciones financieras tienen la obligación ética y legal de conocer a sus clientes y sus actividades.

Las líneas de actuación de los países miembros de la OCDE se resumen en el documento “Mejorando el acceso a la información bancaria con fines fiscales” del año 2000 y en el Informe de Progreso de 2003⁹⁴.

Del articulado del Modelo OCDE ⁹⁵ sobresalen aspectos tales como que el secreto bancario no puede ser alegado como motivo para declinar el suministro de información. Por tanto las autoridades competentes necesitan tener autoridad para acceder directa o indirectamente, a través de un proceso judicial o administrativo a la información conservada en los bancos o instituciones financieras para remitir esa información a otros Estados igualmente partes del acuerdo o convenio.

Igualmente establece que no existe obligación de facilitar información que pudiera revelar secretos comerciales, industriales o profesionales. El papel de la Autoridad Competente es determinar la transmisión o no de la información relevante.

Pero un asunto es el secreto bancario y otro la confidencialidad de los datos bancarios de un cliente, que debe ser siempre preservada, como podremos comprobar cuando estudiemos la protección de datos personales a lo largo del capítulo III.

1.2.4.2 Los paraísos fiscales.⁹⁶

1.2.4.2.1 Terminología.

En primer lugar destacamos que no existe una definición unánime del concepto de paraíso fiscal⁹⁷, al menos en el plano internacional, pero nos aproximamos a la misma cuando nos referimos a un territorio de baja presión fiscal o incluso nula que además no facilita información a terceros países y autoridades. La traducción literal del inglés *tax*

⁹⁴ OCDE: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/41814314.pdf>, (último acceso 18-1-16).

⁹⁵ OCDE: <http://www.oecd.org/taxation> (último acceso 18-3-16).

⁹⁶ El termino *tax haven* puede aparentar que la evasión de impuestos es el único propósito del mismo cuando la realidad y los estudios al respecto demuestran que otros servicios financieros ofrecidos por el paraíso son igualmente importantes para justificar su uso, léase blanqueo de capitales o elusión de la regulación financiera, bancaria, aseguradora o de los *hedge funds*. En tal sentido véanse numerosos estudios publicados en la web de *Tax Justice Network* y de la OCDE.

⁹⁷ GARCIA PÉREZ, J.A.: “Actividad financiera societaria offshore tras la desaparición forma de los paraísos fiscales”, Cuadernos de formación, Colaboración 4/11, Volumen 12/2011, IEF, Madrid, 2011.

haven como puerto o refugio fiscal ya nos arroja luz sobre el campo semántico en el que nos encontramos.

Se ha llegado incluso a afirmar que existen tantas definiciones de paraíso fiscal como paraísos existen⁹⁸. Habitualmente el impago de impuestos que supone la actuación en un paraíso fiscal va relacionado con prácticas delictivas vinculadas al blanqueo de capitales.⁹⁹ La explicación teleológica de los paraísos fiscales resuelta sencilla: el contribuyente busca su beneficio fiscal y su anonimato.

La configuración histórica más reciente del paraíso fiscal lo hallamos en la segunda mitad el siglo XX al alcanzarse la internacionalización financiera y económica junto a un proceso de liberalización y desregulación (en ese orden) de las actividades financieras específicamente. Véanse en este sentido los modernos planteamientos, en algunos puntos seguidos por la Comisión Europea, que se desprenden de MURPHY¹⁰⁰.

1.2.4.2.2 Evolución y diferencias.

Históricamente ese desarrollo internacional coincide con la descolonización de las potencias europeas sobre un notable número de territorios en los que se optó por diseñar sistemas fiscales atractivos para el capital extranjero.

Sin la libertad de movimientos de capital (diríase más bien que un abuso de esta) no se entenderían los paraísos ni su funcionamiento interno. El uso de internet para su operatoria habitual constituye otro rasgo definitorio de los mismos.

La ONG *Tax Justice Network*¹⁰¹ está dedicada desde 2003 a la denuncia de casos de corrupción, fraude fiscal (especialmente temas relacionados con evasión y elusión fiscal así como paraísos fiscales) y regulación financiera. Sus trabajos sobre investigación tienen impacto internacional y a menudo son citados por organismos internacionales

⁹⁸ LESERVOISIER, L.: “*Les paradis fiscaux*”, Presses universitaires de France, Paris, 1990.

⁹⁹ FERRE NAVARRETE, M.: “Los paraísos fiscales y las medidas anti-paraíso”, Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

¹⁰⁰ MURPHY, R.: “*Fiscal Paradise or tax on development?*”, Tax Justice Network, 2006, en http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Fiscal_paradise.pdf (último acceso 27-2-17) así como el interesantísimo informe “*The cost of tax abuse: a briefing paper on the cost of tax evasion worldwide*”, Tax Justice Network, 2011 en <http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2014/04/Cost-of-Tax-Abuse-TJN-2011.pdf>, (último acceso 27-2-17).

¹⁰¹ www.taxjustice.net, (último acceso 9-9-14).

especializados. De igual manera buscan crear un clima de conocimiento y debate sobre las estructuras tributarias internacionales y promover reformas. No están alineados en ninguna línea política.

Según un informe publicado en su web, los paraísos fiscales podrían acumular a finales de 2012 una cifra cercana a los 24 billones de euros, es decir, 24 veces el PIB de España. Se trata de cifras que no incluyen propiedades inmobiliarias, yates y otros bienes no financieros.

Un documento sumamente esclarecedor al respecto de la relación entre paraísos fiscales y la reciente crisis financiera puede encontrarse en la misma web de *Tax Justice*¹⁰². En él se constata que si bien no son los originadores de la crisis sí contribuyen poderosamente a la expansión de la misma. El informe repasa el papel histórico de paraísos satélites como islas caribeñas y dependencias de la Corona Británica. También se destaca el papel de los centros *off-shore* al aportar exceso de liquidez que contribuyó decisivamente a la crisis financiera.

Por su parte OXFAM,¹⁰³ en 2015 estima que el dinero oculto en estos paraísos asciende a 7,6 billones de dólares¹⁰⁴, generando pérdidas por ingresos fiscales a los países por valor superior a 190.000 millones de dólares anuales.

En la literatura jurídica española merece la pena mencionar el informe de JUAN CARLOS PÉRAMO sobre la estimación en España del volumen de fraude y evasión fiscal¹⁰⁵.

Este informe presenta una estimación numérica y con enfoque de corte económico, que deja a un lado o sobrevuela los matices jurídicos de la terminología básica del fraude fiscal: paraíso fiscal, jurisdicción no cooperativa o residencia fiscal. En cualquier caso,

¹⁰² www.taxjustice.net/topics/finance-sector/tax-havens-finacial-crisis/, (último acceso 19-5-15).

¹⁰³ ONG con presencia en más de noventa países dedicada a la ayuda para la cooperación y la lucha contra la pobreza en el mundo.

¹⁰⁴ https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/bp210-economy-one-percent-tax-havens-180116-es_0.pdf, (último acceso 29-1-16).

¹⁰⁵ PÉRAMO, J.: “Paraísos fiscales, riqueza offshore y evasión fiscal. Una estimación para España (1980-2013)”, *Papeles de Europa*, vol. 29, núm. 1, 2016, pp.1-30.
<https://revistas.ucm.es/index.php/PADE/article/download/54073/50157>, (último acceso 25-2-17).

el autor acierta al señalar la trascendencia de los paraísos en la economía internacional y su estrecha vinculación con la génesis de las crisis financieras de ámbito global.

Lógicamente compartimos la insoslayable conclusión de que los paraísos presentan una indubitable conexión con las desigualdades económicas internacionales e internas de cada país o territorio.

No siempre se trata de lugares lejanos y paradisíacos (Bahamas, Barbados, Santa Lucía, etc.) pues en Europa Suiza, Luxemburgo, Holanda o Reino Unido, mantienen legislaciones favorables al no residente con similares efectos.

Si la restricción de información está acotada sobre determinados tipos de entidades o establece regímenes fiscales especiales propios del país, entonces hablamos de regímenes fiscales perniciosos. Estos son, por tanto, una variante de los paraísos que legislan *ad hoc* favoreciendo el fraude.

Tanto el FMI como el Banco de Pagos Internacionales (conocido por sus siglas en inglés *Bank for International Settlements*, BIS) inciden en la importancia de estos centros internacionales y la complejidad de su minoración.

El GAFI, cuya producción normativa abordaremos posteriormente, prefiere adoptar la terminología de países o territorios no cooperativos en materia de cooperación financiera internacional y con escasa atención al fenómeno del Blanqueo de Capitales.

Si atendemos al elemento de la no residencia para calificar a un paraíso fiscal coincidimos con el criterio propio del Foro para la Estabilidad Financiera¹⁰⁶

Los centros *off-shore* son territorios en los que se produce una fuerte actividad inversora por parte de no residentes siendo claramente mayoritaria sobre la nacional. Si la actividad es muy potente se consideran centros financieros internacionales, no se les denomina *off-shore*.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Este Foro surgió en el seno del G7 y posteriormente fue sustituido en 2009 por el Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board*); el término empleado sería centros *off shore*.

¹⁰⁷ En opinión de GARCÍA PÉREZ (op. cit.) podríamos inferir que el número de jurisdicciones *off shore* es muy superior al de paraísos fiscales y podría incluir territorios que tradicionalmente no han recibido tal calificación incluso en el seno de la UE.

Retomando los aspectos numéricos el informe del *Boston Consulting Group*, al que alude PÉRAMO¹⁰⁸, aporta datos sobre la riqueza off shore mundial. Entre los años 2003 y 2013 la riqueza global off shore ha aumentado. Asia, con el influjo de China, aumenta sus cantidades siendo Suiza, en términos generales, el destino predilecto mundial al tiempo que Reino Unido y sus islas de Canal de la Mancha crecen singularmente. No nos resulta casual que sean países de la anglo esfera (Reino Unido, sus dependencias de la Corona e Irlanda y EEUU) los protagonistas de estos crecimientos.

A destacar que el crecimiento de territorios como Singapur conlleva el decrecimiento de Luxemburgo quizás anticipado por el anuncio (y posterior ratificación de este país) de Acuerdos Internacionales de transparencia tributaria en el ámbito OCDE así como comunitario.

Advertimos, por otra parte, que 2013 es el año en que comienza a funcionar FATCA y que todos los territorios citados han suscrito tal acuerdo con EEUU así como posteriormente se han comprometido con el intercambio automático tributario de CRS.

Cifraba su importe en 2003 en 5,7 billones de dólares configurando Suiza y Reino Unido destinos predilectos donde se deposita tal riqueza y representando ambos territorios prácticamente la mitad mundial de los mismos.

En 2006 la cifra se eleva hasta los 6,7 billones indicando que el conjunto de países árabes del Golfo Pérsico es propietario del 40% del total del importe *off shore* mundial.

En 2007 el Informe subraya 7,3 billones y en 2010 (ya tras la crisis mundial) se alcanza una cifra récord de 7,8 billones de dólares siendo EEUU y los países europeos los lugares que mayor aumento de riqueza off shore experimentan frente a otras zonas mundiales. Aquí el Informe aporta un dato esclarecedor: Europa (con Luxemburgo a la cabeza) cae como destino de esos fondos mientras Suiza y EEUU aumentan sus totales recibidos al tiempo que territorios asiáticos como Singapur o Hong Kong incrementan sus posiciones como receptores.

En 2013 se llega a la cifra récord de 8,9 billones de dólares consolidándose como destino Asia, decreciendo Europa occidental.

¹⁰⁸ Global Health Report 2014: “*Riding a wave of growth*”, The Boston Consulting Group, 2014. https://www.bcgperspectives.com/content/articles/financial_institutions_business_unit_strategy_global_wealth_2014_riding_wave_growth/?chapter=2, (último acceso 26-2-17).

El ulterior estudio de ZUCMAN¹⁰⁹ (2013) se alimenta de una base estadística de datos eminentemente públicos. Su conclusión central es que los paraísos fiscales albergan unos 5,9 billones de dólares en 2013 de los cuales al menos el 75% estaría sin declarar a los fiscos respectivos.

En cualquier caso, superando las cuestiones semánticas, los paraísos fiscales, en su concepción más actual siguiendo a la OCDE, son territorios de nula o baja tributación que pretenden ofrecer además de anonimato (Blanqueo de Capitales), ventajas puramente fiscales o rebajar las exigencias jurídicas de capital o solvencia. Ahí radica el interés real, a nuestro juicio, de multinacionales, incluidas numerosas de nuestro IBEX 35, en tener presencia en estos territorios¹¹⁰; recordemos por tanto que no siempre hay motivaciones fiscales en su establecimiento. El caso de los fondos *off-shore* persigue dotarse de límites de endeudamiento no factibles con leyes más rígidas en sus Estados de concepción así como actuar en inversiones de alto riesgo (con el riesgo añadido que puede generar para el sistema internacional) además de una tributación dudosa y compleja.

Por lo tanto, las consecuencias de que un país figure o no en una lista de paraísos fiscales son importantes, entre otras razones porque los inversores (empresas o particulares) en esos territorios no pueden aplicar los beneficios fiscales previstos por la legislación tributaria. Además, puede argumentarse que la firma de acuerdos de intercambio de información tributaria no es, en el terreno práctico, razón suficiente para que un paraíso deje de serlo; entre otras razones la suscripción de acuerdos no ataca un concepto básico de paraíso fiscal: la nula o baja tributación de ese territorio. Así mismo los acuerdos se orientan a la lucha contra los delitos fiscales dejando fuera la elusión fiscal que ya hemos indicado que no es delito pero que minora las bases imponibles de pago de aquellos que se benefician de la misma.

¹⁰⁹ ZUCMAN, G.: “La riqueza oculta de las naciones. Investigación sobre los paraísos fiscales”. Ed. Pasado y Presente, Barcelona, 2014.

¹¹⁰ Informe del Observatorio de RSC: Empresas del Ibex 35 en paraísos fiscales en 2013. El Informe revela como Delaware acogía 222 sociedades de estas empresas españolas. En 2013 32 de 35 de nuestras grandes empresas tenían filiales en paraísos destacando estas cifras: ACS 141 filiales, Santander 81, Iberdrola 61 y BBVA 41. http://www.observatoriorsc.org/Informe_memoriasRSC_ibex_2013_completo.pdf, (último acceso 29-1-16).

En nuestra opinión, la visión de lo que hoy es un paraíso fiscal debería ser más transversal y más completa y no puede concebirse sin manejar simultáneamente fuentes normativas internacionales tanto de la OCDE como de la UE además de las nacionales y ser completadas con las publicaciones de ONGs especializadas.

Fomentar el intercambio de información, no solo tributaria, se constituye el método más adecuado y eficaz para combatir estos centros y así en 1999 Estados Unidos, Reino Unido, Japón, Canadá, Francia, Italia, Alemania, Suiza Singapur, Hong Kong, Australia y Holanda crearon el Foro para la Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board*) con el objetivo de promover la estabilidad financiera internacional mediante el intercambio de información y supervisión de los mercados.

Desde 2009 (Cumbre G20 de Londres) se le ha denominado Consejo (en lugar de Foro) y colabora con el Fondo Monetario Internacional para neutralizar riesgos del sistema financiero internacional. La Comisión Europea, España y el resto de países del G20 se integraron en este Consejo Estabilidad desde la citada cumbre londinense.

Aunque literalmente *off-shore*¹¹¹ significa fuera de la costa atendiendo a la idea del comercio medieval marítimo alejado de la costa para no pagar tributos, hoy a grosso modo, cualquier actuación allende fronteras (extraterritorial) sería *off-shore* asociando el término a jurisdicciones de tributación beneficiosa para el no residente en esos lugares.

Cualquier cuenta, sociedad o jurisdicción que fomenta operaciones con no residentes, otorgándoles condiciones ventajosas (baja o nula tributación) no solo con respecto a la nacionalidad del inversor sino también a la del propio país que las otorga, se puede definir como *off-shore*.

Los llamados territorios *off-shore* permiten ocultar grandes sumas de dinero del control oficial a través de sociedades pantalla o cuentas bancarias secretas. La elusión fiscal, que busca fisuras en las legislaciones para rebajar la tributación y la evasión de impuestos son las piezas que permiten una fuga de capitales hacia estos refugios fiscales.

¹¹¹ Nótese que el término *offshore* es engañoso impreciso y equivoco. No todo territorio “fuera de fronteras” es paraíso y así existen en EEUU y Reino Unido por ejemplo territorios *onshore* cuya falta de transparencia y propensión al secreto bancario son prodigios y manifiestos como el caso de Delaware o Nevada. El secreto aquí radica en la falta de transparencia.

Como ha señalado, el destacado abogado y especialista en la materia, Florentino CARREÑO¹¹², el término “*off-shore*” es, según la legislación norteamericana, toda cuenta (o producto financiero) bancaria abierta fuera de las fronteras de los Estados Unidos de América.

Según cálculos de la OCDE al menos una décima parte de la economía mundial fluye a través de estos circuitos. En su Informe sobre Competencia fiscal perjudicial de 1998 se consideraban paraísos aquellos territorios sin tributación o tributación muy baja siempre que además concorra alguno de estos requisitos:

- Falta de transparencia sobre legislación fiscal aplicable;
- Falta de actividad económica real y sustancial para los sujetos beneficiarios del régimen fiscal favorable (se eliminó como criterio en 2001). Se trata de determinar si se dan ventajas entre los regímenes aplicables a residentes y no residentes desde el ámbito de la tributación;
- Falta de intercambio efectivo de información con los Estados cuyos contribuyentes se benefician de la baja o nula tributación existente;
- No haber imposición sobre las rentas correspondientes o gravar solo con impuestos; así podríamos considerar la existencia de indicios como reputación de paraíso, la opción a negociar a la carta un régimen fiscal aplicable (*tax ruling*) o la no aplicación continuada de criterios OCDE sobre precios de transferencia.

Los rasgos que se reiteran en la mayoría de paraísos son:

- Ventajas fiscales y apoyo que prestan los gobiernos de estas jurisdicciones a dichas ventajas o regímenes. El apoyo gubernativo puede ser tácito o expreso;
- Notable volumen de operaciones financieras realizado por no residentes;
- Existencia de amplia infraestructura económica, jurídica, bancaria, mercantil y fiscal;

¹¹² CARREÑO, F.: Conferencia pronunciada en la sede social de Cuatrecasas, Madrid, 24-1-2013.

- Opacidad en la información o insuficiente información sobre el funcionamiento del territorio en sí. Nula supervisión del sistema bancario o ineficacia del mismo.

Se ha producido, desde el citado informe de 1998¹¹³ que denominaba a estos territorios como regímenes fiscales perniciosos, una evolución en la identificación y eliminación de prácticas que ha logrado eliminar la existencia de los treinta y cinco paraísos existentes incluidos en la lista negra de este organismo.

En la actualidad, como hemos indicado y siguiendo orientaciones de la OCDE, existe un concepto más amplio cual es el de “jurisdicción no cooperativa en el intercambio de datos” que engloba a territorios con y sin baja tributación.

Los criterios de la OCDE para que un territorio abandone la lista de paraísos fiscales han evolucionado, pasando por suscribir al menos doce acuerdos de intercambio de información, de tal manera que la mayoría de paraísos firmó entre sí estos acuerdos burlando el espíritu de la norma y haciéndola ineficaz.

Esta concepción tiene su origen en la postura de los Estados Unidos de Norteamérica de conceder libertad a cada uno de sus Estados federales para que mantenga su soberanía tributaria, pudiendo así atraer libremente inversión (extranjera), siempre que se facilite información sobre la misma a otros Estados.

De tal suerte, y por iniciativa estadounidense, en 2001 (la Administración Bush), se considera exclusivamente elemento para ser paraíso la falta de transparencia y de intercambio eliminándose el concepto de baja o nula tributación. Mantenía EEUU que este criterio pertenece a la esfera de la soberanía nacional de cada Estado. Nótese que este criterio permite que Estados norteamericanos como Delaware o Nevada no sean considerados paraísos cuando en realidad ostentan numerosas características para serlo; esta doble vara de medir no contribuye precisamente a homogeneizar criterios. De esta manera, hábilmente el Estado de Delaware es un territorio de baja tributación sometido a normas de intercambio como todo Estado integrante de la Unión que conforma los

¹¹³ Para un estudio cronológico y evolutivo de las etapas del intercambio de información véase ROMERO FLOR, L.M: “Las diferentes etapas normativas del intercambio de información entre Administraciones Tributarias” en Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, García Prats, A. (director), IEF, Madrid, 2013.

Unidos de América, pero durante mucho tiempo fue y estuvo en el parámetro de paraíso fiscal¹¹⁴.

Por lo tanto, en la actualidad, la falta de intercambio de información y la ausencia de transparencia tributaria definen a los paraísos.

En 2002 la OCDE elaboró un Modelo de Acuerdo¹¹⁵ en versión bilateral y multilateral para el intercambio de información.

Desde esa fecha apreciamos un cambio de estrategia en la forma de trabajo de la organización en la búsqueda por incluir al mayor número posible de países dentro del *global level playing field*. Con tal finalidad se constituye el vigente Foro Global sobre Fiscalidad de la OCDE.

Hoy se puede afirmar que la técnica bilateral ha pasado a un segundo plano como herramienta para el intercambio de información en pos de los acuerdos de enfoque multilateral cual es CRS.

Entre los aspectos significativos del Modelo de 2003 podemos mencionar la inclusión de todas las materias fiscales, la prohibición de peticiones indiscriminadas (*fishing expeditions*), tratarse de información relevante y consistente en toda la información bancaria tanto de personas físicas como jurídicas y el más sustancial: el intercambio que se propicia es a requerimiento y no el automático (actual).

Atendiendo a su tipología FERRE NAVARRETE¹¹⁶ establece una doble clasificación distinguiendo por un lado paraísos para sociedades y paraísos para las personas físicas; por otro tenemos los paraísos clásicos (propios de países pequeños donde opacidad y baja fiscalidad se dan la mano como reclamos en su economía) frente a países de fiscalidad normal pero que ofertan regímenes ventajosos a no residentes que operan

¹¹⁴A este respecto véase MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A.: “Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales” Documentos del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 1/02, Madrid, 2002, pág. 5.

¹¹⁵ Se puede consultar el mismo en la siguiente dirección web: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/37975122.pdf> (último acceso 27-2-18).

¹¹⁶ FERRE NAVARRETE, M.: “Los paraísos fiscales y las medidas anti- paraíso”, Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

desde el exterior de forma que mantienen un régimen dual (tributación normal para el residente y privilegiada para los no residentes). Nos parece sustancial esta característica para encuadrar a los paraísos fiscales en la actualidad pues un número importante de ellos pretende eludir su consideración de tales mediante la firma de acuerdos de intercambio de información o CDI.

A la hora de actuar en un paraíso fiscal suele operarse mediante la constitución de una sociedad:

- a) Una posibilidad es la “sociedad base” que es una sociedad constituida en un paraíso fiscal con el objetivo principal de diferir la obligación tributaria. Esta sociedad percibe las rentas correspondientes al contribuyente con lo cual hasta que no se distribuyan dividendos al contribuyente no se devenga impuesto en su país de residencia.

Las sociedades base más utilizadas son las dedicadas a la administración patrimonios y las sociedades holding habituales tenedoras de acciones de otras sociedades; otra tipología es la sociedad para la prestación de servicios o asesoría o representación, que como todas las que vemos, triangulan las operaciones de comercio exterior artificialmente para situar los beneficios en zonas *off-shore*.

En todas ellas es usual el empleo del *trust* o la fiducia como mecanismo de gestión de patrimonio o inversión ya que, como veremos, dificulta ostensiblemente la identificación de la titularidad real de sus dueños.

- b) Sociedades instrumentales conocidas como sociedades pantalla y que o no existen o simulan su existencia mediante una dirección postal. Estamos ante personas jurídicas ficticias a las que se les imputan beneficios obtenidos por una empresa o grupo de las mismas.

Dos subespecies diferenciamos entre las sociedades instrumentales:

- Sociedades de responsabilidad limitada (*limited partnerships*) cuyo hábitat suele ubicarse en las operaciones de exportación al canalizarse artificialmente por estas sociedades.

- Sociedades de negocio internacional o *International Business Company (IBC)*; actual fuera del territorio *offshore* de su constitución y suelen emitir acciones u obligaciones para atraer capital. De nuevo estamos ante entidades de responsabilidad limitada.

Aunque estas IBC puede llevar a cabo actividades no financieras como las muy actuales relacionadas con el juego y la venta *on line* o las más típicas banderas de conveniencia marítimas.¹¹⁷

Por la naturaleza de este trabajo nos interesan las actividades financieras. Entre estas destacamos la emisión de participaciones preferentes (acciones sin derecho a voto), préstamos en divisas, titulizaciones, creando entre otras aseguradoras en estos territorios o constituyendo depósitos bancarios vinculados a la banca discreta o privada caracterizada por los altos volúmenes de sus saldos y operaciones. La formada disposición de estos depósitos mediante créditos en tarjeta llamados “*revolving*” es otro mecanismo en sí de evasión fiscal. Nótese que, consciente plenamente de ellos, FATCA, entre otras, le dedica especial atención a la localización en las entidades financieras cumplidoras a las cuentas de alto valor o *high value accounts*, es decir, aquellas que superan el millón de dólares o su contravalor al finalizar aun determinado año; así mismo concede especial atención a la localización de clientes y cuentas con crédito en tarjeta modalidad *revolving* sabedores de la utilización a menudo fraudulenta que sus titulares suelen hacer de ellas en estos territorios. Volvemos sobre esta materia más profusamente al abordar la conocida como *Due Diligence* o revisión o análisis confirmatorio de FATCA.

Como se ha ido manifestando la utilización de internet es masiva y especialmente compleja la forma de detección cuando hablamos de banca *on line* que debe contar con estrictos y sofisticados controles para la detección de fraude fiscal y blanqueo de capitales pues en estos últimos casos el cliente no contacta directa y personalmente con institución financiera alguna.

¹¹⁷ Cualquier buque necesita ostentar un pabellón nacional y sea vinculación determinan legislación aplicable al buque en cuestión para todas las cuestiones que puedan surgir (relaciones entre armador y tripulantes, mercancías, seguridad a bordo, etc.). La no conexión entre propiedad y control del buque respecto a su bandera, es decir, no existir vínculo real entre el propietario del buque y su bandera nos permite hablar de bandera de conveniencia. Resulta obvio señalar las ventajas obtenidas cuando sabemos que detrás de esas banderas ondean paraísos fiscales.

El Informe de Progreso de la OCDE en 2004 insistió en la figura del *level playing field* o campo de juego equilibrado entendido como condiciones de justicia y equilibrio para proceder al intercambio de información entre Estados. Las reuniones del Foro Global OCDE en Berlín (2004) y Melbourne (2005) asentaron este criterio dotándolo de etapas en busca de la transparencia informativa. La elaboración de cuestionarios que midan los diversos grados de avance de las jurisdicciones se formaliza como modo de trabajo. La cooperación y la fijación de estándares internacionales también se encuentran simultáneamente presentes entre los objetivos de la OCDE y sus diversos comités y Foros¹¹⁸.

La propia OCDE señaló de manera directa al sector bancario en el desarrollo de sistemas fiscales transparentes y eficaces. Así en el informe de 2009 titulado “*Building Transparent Tax Compliance By Banks*” sostiene que un conocimiento del sistema tributario en relación con sus clientes coloca a la banca en una situación de responsabilidad inexcusable. Este informe pide a las instituciones financieras un cumplimiento, en esta sentido, superior al legalmente establecido allí donde operen.

La UE mantuvo un enfoque algo distinto al de la OCDE.

En 1997 se anunció el Paquete fiscal de medidas para frenar la competencia fiscal perniciosa (diciembre 1997) y se publicó un Código de Conducta sobre fiscalidad empresarial que centra sus esfuerzos en el criterio de intercambio de información y distingue reglas diferentes para residentes y no residentes.

El Informe PRIMAROLO (1999)¹¹⁹ identificaba sesenta y seis regímenes fiscales perniciosos dentro de la UE y sus territorios dependientes.

En 2003 el Consejo a través del ECOFIN¹²⁰, aprobó este Informe que contenía los criterios y plazos para eliminar y reducir los regímenes perjudiciales que en algunos casos se han extendido hasta 2010 para Bélgica, Holanda e Irlanda.

¹¹⁸ VALLEJO CHAMORRO, J.M.: “La competencia fiscal” en Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

¹¹⁹ Dawn PRIMAROLO fue Secretaria del Tesoro del Reino Unido y presidenta del grupo de trabajo sobre el Código de Conducta europeo.

¹²⁰ El Consejo ECOFIN está formado por los ministros de Economía y Hacienda de todos los Estados miembros. Los comisarios europeos competentes también participan en las sesiones.

Todo ello se ha corregido con la publicación de la Directiva 2014/107 UE del Consejo que asume los criterios OCDE y los hacía propios en su Plan de Acción en la Lucha contra el Fraude fiscal y la evasión de 2012. Estas actuaciones suponen cambios radicales en la profundidad y esencia de las medidas pues simplifican y unifican a todo el territorio comunitario permitiendo identificar y denominar de manera comprensible las estructuras fraudulentas para que después sean reducidas. Ciertos territorios son ejemplo claro de esta situación como Gibraltar o Jersey que significativamente se han apresurado a firmar acuerdos de intercambio de información tributaria. Trataremos esta Directiva con mayor profundidad en el capítulo II.

Los Estados pueden elaborar listas negras (casos de España e Italia) que señalen países con esta condición o listas blancas o abiertas para que sea el ciudadano, que trabaje con los territorios en ella citados, el que se vea obligado a demostrar la no condición de paraíso del mismo. Este último es el caso de Suecia y el Reino Unido y con algún matiz el de Estados Unidos si consideramos a las instituciones financieras colaboradoras con el fisco americano como una lista blanca. Suelen emplearse menos los sistemas de lista cerrada o fijación de mínimo para considerar al territorio como tal.

En España el Real Decreto 1080/1991 de 5 de julio, reformado por el RD 116/2003 y la Disposición Adicional primera de la Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal (LMPFF), detallaban una lista (cerrada) de territorios (cuarenta y ocho) que tenían esa consideración para las autoridades españolas; no obstante nuestra pertenencia a la UE así como a la OCDE mantenían esa lista obsoleta ya que, por la vía de la firma y revisión de Convenios de Doble Imposición con cláusula de intercambio de información así como por la firma de Acuerdos de Intercambio de Información, el contenido de la misma permanece en constante revisión.¹²¹

Dos nuevos conceptos, que ya hemos estudiado, son introducidos por la Ley 36/2006¹²² para que un territorio sea considerado paraíso fiscal junto a los conceptos del RD 1080/1991:

¹²¹ MARTÍN MORATA, B.: “Los acuerdos de Intercambio de Información”, Escuela de Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pág. 117.

¹²² LMPFF 36/2006: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20843>, último acceso 25-2-16.

- Por una parte la nula tributación, entendiendo como “nula” “cuando el país o territorio del que se trate no se aplique un impuesto idéntico o análogo al IRPF o al Impuesto de Sociedades o al IRNR, según corresponda”;
- Por otra, el intercambio efectivo de información tributaria.

El 23 de enero de 2015 se publica un informe¹²³ de la Dirección General de Tributos de 23 de diciembre de 2014 aseverando la vigencia de la lista actual (RD 1080/1991 modificado por RD 116/2003) de paraísos fiscales respecto a la entrada en vigor de las Disposición final segunda de la Ley 26/2014 de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias.

El RD 1804/2008 desarrolla la LMPFF determinando los casos en que no existe intercambio efectivo de información tributaria (transcurridos más de nueve meses desde la solicitud de información sin respuesta, negativa sin justificación a aportar datos o entrega de información defectuosa o incompleta).

Otra línea de actuación de las Autoridades fiscales españolas consiste en firmar protocolos de intercambio de información en el momento de la firma de un CDI.

Como señalan CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, el criterio adoptado por nuestras autoridades para la salida de la lista de paraísos fiscales, evitando la aplicación medidas internas anti paraíso, se basa en la consecución efectiva y real del intercambio de información con el país o territorio en cuestión. La citada Ley 36/2006 ha confirmado esta tesis.¹²⁴

Las personas físicas deben probar que residen, si así lo alegan, más de 183 días en un paraíso fiscal (art. 9 LIRPF) y sobre las personas jurídicas radicadas en estos paraísos se

¹²³http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Novedades/2015/Enero/23_01_2015_Informe_de_la_Direccion_General_de_Tributos_de_23_de_diciembre_de_2014_sobre_la_vigencia_de_la_lista_actual_de_p_la_Ley_26_2014.shtml , (último acceso 30-1-16).

¹²⁴ CALDERÓN, J.M y MARTÍN JIMENEZ, A.J.: “Las normas anti paraíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, Documentos del Instituto de Estudios Fiscales nº. 11/04, Madrid, 2004, pp. 9 y 10.

presume que residen en España si sus activos y actividad principal se centran en nuestro país (art. 8 LIS).

Debe quedar patente que no es ilegal abrir una cuenta en estos territorios sino el origen ilegal del dinero o la evasión de impuestos que allí se efectúa.

1.2.4.2.3 Listados: El nuevo concepto de paraíso fiscal.

La OCDE distinguió en 2009 tres tipologías de jurisdicciones:

- a) Las cumplidoras de estándares internacionales sobre intercambio de información que habían eliminado el secreto bancario y habían firmado al menos doce acuerdos de intercambio o Convenios de Doble Imposición con cláusula de intercambio. Estos países eran los integrantes de la lista blanca;
- b) Los integrantes de la lista gris eran aquellos que se habían comprometido pero que aún no habían implantado los criterios ya citados;
- c) Los miembros de la lista negra no habían adquirido el compromiso de implantar medidas ni compromiso sobre el estándar internacional.

Esto provocó un aluvión de firmas (más de ochocientas) entre jurisdicciones sobre acuerdos de intercambio de información para lograr salir de las listas negra y gris.

En cierto sentido, se primó la cantidad de acuerdos frente a la eficacia real de los mismos, haciendo con ello perder credibilidad al sistema de firmas y a la voluntad real de un territorio para cumplir los criterios que lo alejen de ser y actuar como un paraíso fiscal o cualquier otro nombre que se le pueda adjudicar.

La UE carecía hasta 2014 de un planteamiento común sobre paraísos fiscales, aspecto solicitado por numerosas voces autorizadas y reclamado por el Parlamento Europeo en mayo de 2013 a través del conocido como Informe KLEVA¹²⁵. Este Informe supone la contribución parlamentaria a la lucha contra el fraude fiscal internacional conteniendo un resumen de los trabajos realizados por la UE al tiempo que un diagnóstico de la

¹²⁵ Informe de 3 de mayo de 2013 sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales (2013/2060(INI)) Ponente Moka Kleva en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0162+0+DOC+XML+V0//ES>, (último acceso 8-9-14).

situación y una breve descripción de medidas propuestas, en ciertos pasajes con carácter más político que programático.

En junio de 2015 la UE publicó una lista creada a partir de un conjunto de criterios de los países miembros sobre esta materia de paraísos fiscales. Cuando un país o jurisdicción figura en al menos diez listas nacionales aparece en esta lista europea. La lista se denomina lista paneuropea de jurisdicciones de terceros países no cooperativas en materia fiscal y la componen treinta países o territorios con notables ausencias como Gibraltar o Luxemburgo.

En territorio europeo solo hay cuatro menciones:

- Guernesey (isla británica del Canal que por otra parte ha firmado FATCA como dependencia británica que es);
- Andorra (que no tiene consideración de paraíso para España en base a los acuerdos firmados en 2011);
- Liechtenstein;
- Mónaco (caso FALCIANI¹²⁶);
- Estos dos últimos países están incluidos tanto en la lista paneuropea como en la española.

Por continentes la distribución sería la siguiente:

América (Central y Caribe) aporta quince presencias, África cuatro, Asia dos, Europa cuatro y Oceanía cinco.

En enero de 2016 la Comisión Europea puso en marcha un proceso de tres fases para elaborar una lista de paraísos fiscales de la UE. Serán los Estados miembros quienes decidan los países y territorios deben someterse a examen para determinar si su

¹²⁶ Caso FALCIANI: La lista Falciani es una relación que contiene los nombres de unos 130.000 potenciales evasores fiscales con cuentas no declaradas en el banco británico HSBC de Ginebra. Recibe el nombre de «Falciani» por Hervé Falciani, un informático, ex trabajador del banco, que la filtró desde su puesto de trabajo. Falciani (nacido en Mónaco en 1972, reconocido y recalcitrante paraíso fiscal enclavado en el seno de Europa) es ingeniero informático de nacionalidad ítalo-francesa y desde 2009 colabora con la autoridades judiciales de varios países (España entre otros) aportando información de cuentas no declaradas por sus titulares en sus países de origen. Fruto de sus experiencias publicó en colaboración con Angelo MINCUZZI “La caja fuerte de los evasores” en La Esfera de los Libros, Madrid, mayo, 2015. Vid. capítulo III de esta tesis.

fiscalidad les otorga el calificativo de “jurisdicción fiscal no cooperadora”. En tal proceso habrá cuatro indicadores clave para crear esa lista (auténtica) de la UE actuando siempre en el marco de lucha contra la evasión y elusión fiscal.¹²⁷

En septiembre de 2016 la Comisión ha completado un primer paso al alumbrarse una tabla (*Scoreboard*) que permite calificar a terceras jurisdicciones a los efectos fiscales. La tabla o marcador pretende ser un instrumento de trabajo que reúna indicadores y criterios con los que después tomar decisiones.

Los otros dos pasos son la revisión o filtrado (*screening*) de la información obtenida desde estos paneles previos y la fijación y publicación de criterios en el listado final (*listing*) de territorios.

En la revisión se entablará un dialogo con las jurisdicciones afectadas para aclarar posturas y que puedan alegar los aspectos concernientes a sus políticas tributarias.

Aquellas jurisdicciones que no cooperen o no aclaren sus mecanismos de buen gobierno tributario serán incluidas en la lista UE de paraísos fiscales.

Se insiste en las ventajas que aporta esta lista común frente a las listas nacionales y nos preguntamos hasta qué punto, con el Brexit presente, no puede ser una palanca en la negociación del mismo. Si las autoridades comunitarias y los Estados miembros toman conciencia y actúan conjuntamente buena parte de los territorios británicos, especialmente las Dependencias y significativamente Islas del Canal y Gibraltar, podrían ser declarados paraísos fiscales con grave perjuicio para los intereses británicos y la libra esterlina. Consecuentemente, parte de esos capitales (europeos y continentales) deberían retornar o discurrir por territorio de la UE.

La lista común europea aporta claridad y evita discordancias que puedan ser utilizadas por la planificación fiscal agresiva.

La selección inicial de jurisdicciones distingue territorios de los Estados miembros cubiertos por el art. 355 de TFUE y países con acuerdo de transparencia específico con la UE: Andorra, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza.

¹²⁷ El anuncio de esta lista se llevó a cabo en septiembre de 2016 en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2996_es.htm, último acceso 1-5-17.

De igual manera señala cuarenta y ocho territorios de países recientemente desarrollados (*least developed countries*) que reciben tal consideración por parte de Naciones Unidas (NU).

Por lo tanto, ciento sesenta países, junto a los citados previamente, componen el listado inicial con tres indicadores de selección y tres indicadores de riesgo.

Los indicadores de selección aglutinan tres dimensiones:

- Fortaleza de lazos económicos con la UE por parte de esa tercera jurisdicción;
- Actividad financiera, que determina si las exportaciones y número de operaciones y servicios financieros son desproporcionados al peso de la actividad y finanzas de ese territorio y su economía real;
- Factores de estabilidad que puedan ser considerados por los evasores como atractivos para invertir fondos como la seguridad para el dinero, la calidad regulatoria o la corrupción.

Los países y jurisdicciones reciben una puntuación (siendo 1 el valor más alto) y se informa en percentiles. Aquellos casos en los que no existan datos disponibles se sitúan en una zona separada de la tabla.

Los indicadores de riesgo se vertebran en una triple dimensión:

- Transparencia e intercambio de información (nótese que no solo tributaria y automática);
- Existencia de regímenes fiscales preferenciales detectables mediante fuentes públicas;
- Inexistencia de impuestos para empresas o existencia de impuestos de sociedades a tipo cero. Estamos convencidos que la identificación y calificación de este criterio será polémico en el seno de la UE y refleja en todo caso la preocupación de la Comisión por la evasión fiscal de las grandes corporaciones

y multinacionales y cuya máxima expresión es el proyecto BEPS de la OCDE así como la reforma y actualización de la Directiva matriz-filial¹²⁸.

Estos tres indicadores se valoran con un “sí” o un “no”, es decir, si se entiende que el criterio es aplicable o no existe el mismo.

En conclusión, nos encontramos con un intento por parte de la UE de poner en práctica un sistema de listado riguroso, basado en mecanismos propios de la OCDE (criterios y puntuaciones nos rememoran los empleados por la OCDE en sus listas blanca, negra y gris) pero adaptándolo a las realidades del entorno comunitario y dotando de especificidades que lo hacen eficaz, (quizás de una vez por todas) y le confieren personalidad propia.

La UE, por lo tanto, sustenta en tres los criterios para determinar si una jurisdicción es paraíso fiscal:

- Nivel de transparencia fiscal;
- Grado de justicia de su política impositiva;
- Aplicación de medidas contra la erosión de la base impositiva o transferencia de beneficios.

En diciembre de 2016 el Consejo publicó unas Conclusiones¹²⁹ con fines informativos lo que nos sugiere una idea de la importancia que se confiere por parte de la UE a la lucha contra el fraude y la evasión fiscal en la última década.

La primera sorpresa grata es que se alude no solo a los habituales fraude y evasión sino también elusión fiscal citándose, al tiempo, el Blanqueo de Capitales como cuatro elementos que dañan las bases imponibles de los Estados miembros.

Conscientes de este perjuicio y sus graves consecuencias para la equidad tributaria y la transparencia fiscal se anunciaba para 2017¹³⁰ una lista UE de jurisdicciones no cooperadoras con las instituciones y países comunitarios.

¹²⁸ CARBAJO VASCO, D.: “Últimas tendencias en fiscalidad: BEPS e intercambio automático de información”, Boletín Foro Fiscal Iberoamericano, 2º semestre de 2014.

¹²⁹ Conclusiones del Consejo sobre los criterios y el procedimiento para la elaboración de una lista de la UE de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales (2016/C 461/02).

Muy significativa, como veremos en el capítulo II, es la mención al “Estándar común de comunicación de información” o CRS y los más de cien países y territorios que se han comprometido ya con el mismo.

Los criterios de transparencia son cuatro:

1. La jurisdicción en cuestión debe ser firmante del CRS y haber realizado, a más tardar, en 2018 el intercambio de información con otros Estados;
2. Ser considerado “*largely compliant*” o conforme en gran medida por parte del Foro Mundial respecto a la norma de intercambio de información;
3. En el caso de Estados soberanos haber ratificado el Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en materia Fiscal de la OCDE o contar con una red de mecanismos de intercambio antes de 31 de diciembre de 2018, en las modalidades tanto a petición previa como automática;
4. Criterio de futuro para el intercambio de información internacional sobre la titularidad real. Este aspecto será integrado en adelante como cuarto criterio de transparencia. Entendemos que lo expresado atañe a la persona de control tal y como la denominan adecuadamente FATCA y CRS.

¹³⁰ En noviembre de 2017 se hacen públicos los conocidos como *Paradise Papers* o Papeles del Paraíso. Será un mes después (Conclusiones del Consejo reunido el 5 de diciembre de 2017) cuando la UE publica una lista negra de paraísos fiscales así como las medidas de actuación ante los mismos. Los *Paradise Papers*, que siguen la estela de los Papeles de Panamá y el escándalo *Luxleaks*, se componen de 13,4 millones de documentos procedentes de dos gabinetes jurídicos especializados en la creación de estructuras *offshore*. Las jurisdicciones señaladas en estos documentos son diecinueve: Antigua y Barbuda, Aruba, Bahamas, Barbados, Bermudas, Islas Caimán, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, Islas Cook, Islas Marshall, Samoa, Vanuatu, Malta, Líbano y Labuán (territorio de Malasia). El primer listado de la UE en 2016 incluía todas estas jurisdicciones excepto Dominica y Santa Lucía y el listado de nuestro Ministerio de Hacienda compuesto por treinta y dos jurisdicciones coincidía con este de los Papeles en Antigua y Barbuda, Bermudas, Islas Caimán, Islas Cook, Dominica, Granada, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía y Vanuatu.

El Consejo señala que los Estados miembros, a través de esta lista, se alinean con los criterios y trabajos adoptados por el G20 y la OCDE al respecto.

Consejo de la UE, ECOFIN 7, Bruselas 12-1-18: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5086-2018-INIT/en/pdf>, (último acceso 28-3-18).

Los criterios de equidad fiscal son dos:

1. No aplicar medidas fiscales preferentes perniciosas sobre el Código de Conducta de Fiscalidad de Empresas (Resolución del Consejo de 1 diciembre de 1997).
2. La jurisdicción no facilitará la existencia de estructuras o mecanismos extraterritoriales para atraer beneficios que no reflejen activada económica real realizada en el país o territorio.

Los criterios contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios se centran en:

1. Compromiso de adopción y aplicación sistemática de los criterios OCDE contra la erosión de la base imponible antes del final de 2017.
2. Criterio a futuro: ser evaluado positivamente en relación a aplicación efectiva de medidas OCDE ya citadas.

Por otra parte, el documento aporta las directrices para el procedimiento de examen de las jurisdicciones no cooperadoras a efectos fiscales donde se destaca el trabajo del Grupo “Código de Conducta” o Fiscalidad de las Empresas¹³¹ y la urgencia para que los análisis y trabajos permitiesen sancionar una lista antes del fin de 2017 apoyándose en los trabajos y revisiones practicados por el Foro Global sobre la Transparencia y el intercambio de información con fines fiscales de la OCDE.

Los Estados incluidos en la lista de no cooperadores serán notificados y se les indicará qué medidas se espera de ellos para su salida de tal lista lo que nos recuerda que la misma será actualizada periódicamente con arreglo a la información que disponga tanto la Comisión como el Grupo Código de Conducta.

¹³¹ El Grupo “Código de Conducta” se ocupa de valorar medidas fiscales sobre empresas. No elabora instrumentos vinculantes pero compromete a los Estados miembros en materias como transparencia en intercambio de información, lucha contra prácticas abusivas y transmisión de sus principios a países no de la UE. <http://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/>, (último acceso 1-5-17).

La primera jurisdicción señalada como no cooperativa es Samoa Americana¹³², lo que constituye una sorpresa ya que es territorio FATCA al ser territorio norteamericano y sin embargo no colabora con otras jurisdicciones en la lucha contra el fraude ni intercambia información sobre empresas establecidas en su territorio.

Idéntica situación se puede predicar de Guam, territorio bajo administración estadounidense, si bien peor calificación reciben las Islas Marshall (en su día bajo control norteamericano) que “otorgan facilidades a las estructuras *offshore* y apoyan acuerdos sobre beneficios sin base real económica.”¹³³

En definitiva, podría afirmarse que los territorios norteamericanos no solo incumplen con lo acordado por la OCDE sino que podrían tolerar el fraude fiscal siempre que este no ataque a las bases fiscales norteamericanas para lo que aplican FATCA.

Otro inveterado miembro de estas listas es Panamá; su régimen fiscal es perjudicial para la igualdad de las bases fiscales y no ha presentado un compromiso real para abolirlas hasta finales de 2018. Parece que lo ocurrido con los Papeles de Panamá no ha sido suficiente para que el gobierno panameño reaccione internacionalmente y deje de ser un territorio colaborador con el fraude fiscal en gran escala y específicamente con las empresas con sede en Ciudad de Panamá.

Peculiar es el caso de Trinidad y Tobago, calificada de jurisdicción no cumplidora por el Foro Global de la OCDE; sin embargo se ha comprometido a cumplir varios criterios y se halla en proceso de auditoría a tal efecto.

Dos países árabes continúan la lista: Túnez, en vías de cumplir criterios y Emiratos Árabes Unidos, antiguo firmante de FATCA, que sin embargo no aplica BEPS y no tiene compromiso de hacerlo hasta finales de 2018.

La lista se cierra con los siguientes territorios: Bahréin, Barbados, Granada, Corea del Sur (sorprendente por la potencia económica del intercambio con la UE y los acuerdos

¹³²Hemos analizado las suficiencias del sistema europeo en CORONAS VALLE, D.: “Consideraciones/Reflexiones sobre los avances europeos en cooperación internacional e intercambio automático de información tributaria: Presente y futuro de FATCA y CRS.” Revista Aranzadi Doctrinal, Ed. Thomson Reuters, núm. 11, diciembre 2018.

¹³³ Esta definición ya se encontraba dentro de las conclusiones del ECOFIN de 8-11-16 como estrategia clave para luchar contra los paraísos fiscales.

comerciales en ciernes), Macao, Mongolia, Namibia, Palau, Santa Lucía y Samoa (no norteamericana).

2019 se constituye como el horizonte temporal más largo concedido por la UE a ciertos países de cara al cumplimiento con los criterios de transparencia y cooperación. En esta lista, que podemos denominar “gris”, encontramos jurisdicciones que si bien podrían ser paraísos fiscales de la lista negra han establecido compromisos (reales y cercanos) sobre sus marcos legales en relación a los estándares internacionales.

Sobre fiscalidad equitativa se califican como perjudiciales los regímenes de Andorra, Armenia, Aruba, Belice, Botsuana, Cabo Verde, Islas Cook, Curazao, Fiji, Hong Kong, Jordania, Liechtenstein, Maldivas, Mauricio, Marruecos, San Vicente y las Granadinas, San Marino, Seychelles, Suiza, Taiwán, Tailandia, Turquía, Uruguay y Vietnam. Todos ellos se han comprometido a reformar su tributación a lo largo de 2018. De especial importancia nos resultan los casos de Andorra y Suiza (ambos firmantes de acuerdos FATCA con EEUU) así como por cercanía geográfica, Marruecos.

Los territorios que otorgan facilidades a las estructuras *offshore* son Bermudas, Islas Caimán, Guernsey, Jersey e Isla de Man (de nuevo las archiconocidas islas británicas del Canal) y Vanuatu.

Sobre las actuaciones relativas a BEPS destaca el compromiso para implantar nuevos controles sobre sociedades de dos jurisdicciones del Pacífico conocidas por su otrora colaboración¹³⁴ con el Blanqueo de Capitales a gran escala: Nauru y Niue.

El Anexo III de esta publicación es un catálogo de medidas defensivas para luchar contra la erosión de las bases fiscales y el fraude en los Estados miembros.

Los Estados miembros deberán incrementar auditorías y controles para ciertas transacciones y jurisdicciones. Al mismo tiempo se detallan controles sobre ciertos tipos de sociedades y herramientas fiscales como las compañías extranjeras controladas (*controlled foreign company*), las retenciones o los costes no deducibles.

¹³⁴ Según el Grupo de Acción Financiera Contra el Blanqueo de Capitales (GAFI), la mafia rusa pudo blanquear, entre finales de los 90 y principios del 2000, más de 59.000 millones de euros en sus más de 400 bancos *offshore*.

El Anexo IV detalla los procedimientos para revisar la lista y los criterios sobre entrada y salida de la misma. La Comisión y el Grupo del Código de Conducta aportarán asistencia técnica de cara al proceso que siempre habrá de detallar razones para inclusión en la lista así como pasos esperados sobre la jurisdicción para que pueda abandonar la misma. La OCDE, mediante su Foro Global de Transparencia, se constituye como proveedor de ideas y trabajos sobre fiscalidad internacional.

Finalmente el Anexo V desgana los criterios de transparencia, fiscalidad equitativa e implementación de la normativa anti BEPS.

Para ser una jurisdicción transparente, según los criterios de la UE, se debe cumplir con el intercambio automático de información a través de su estándar: el *Common Reporting Standard*, (CRS); es decir, la UE considera que este tipo intercambio es una herramienta esencial en la lucha contra el fraude y lo eleva a requisito para aquellos territorios que desean salir de la lista negra de jurisdicciones incumplidoras.

Se indica que un criterio nuevo a ser tenido en cuenta en el futuro: el intercambio global sobre información del titular real (*beneficial owner*). Esta información se incorporará a los próximos intercambios de información siendo objeto de análisis y valoración como criterio de cumplimiento.

Aunque como hemos señalado la fecha límite para la consideración de todos estos criterios sea diciembre de 2018 pueden apreciarse excepciones siempre que las leyes nacionales así lo determinen y los procesos de cumplimiento estén efectivamente en marcha.

El criterio de la baja o nula fiscalidad sobre empresas es quizás, a nuestro entender, el que aparece con menos fuerza en el Anexo VII. No podemos dejar de pensar en algunos países y territorios comunitarios que reciben cuantiosas inversiones de multinacionales y con los que se han materializado acuerdos fiscales preferentes o *tax rulings* burlando la normativa y el espíritu de las leyes comunitarias; ¿es posible que ciertas naciones de la UE no puedan cumplir con los criterios que se aplica a territorios extra comunitarios?

La UE ha proporcionado muestras de no oponerse a los *tax rulings* en general sino a los *tax ruling* selectivos. Esa especialidad se materializa cuando se concede un trato fiscal preferente a ciertos operadores económicos mediante reconocimientos por métodos complejos conducentes a precios de transferencia sin justificación económica

(contrarios a precios de mercado). Otra opción selectiva es aquella en la que el contribuyente negocia su base imponible con las autoridades fiscales otorgándosele ventajas fiscales aun careciendo de base económica o con traslado de beneficios entre empresas de un mismo grupo para minimizar el pago de impuestos. Lógicamente esas ventajas no se ofrecen al conjunto de empresas inversoras creando un hecho diferencial y un agravio comparativo. En esta situación recordamos casos como el de Apple e Irlanda, Starbucks y Holanda o Amazon y Luxemburgo¹³⁵.

En nuestra opinión, queda camino por recorrer en el terreno de la lucha contra la evasión fiscal a través de sociedades y empresas interpuestas cuya actuación se centra en el ámbito internacional.

Junto al (relativo) riesgo reputacional de figurar en estas listas europeas, la UE propone, al fin, medidas punitivas; en concreto la limitación o imposibilidad de percibir fondos europeos para la cooperación y el desarrollo. De la eficacia y rigurosidad en la aplicación de estas medidas depende en buena medida el prestigio y la reducción real del número de jurisdicciones perjudiciales y no cooperativas desde el punto de vista del fraude fiscal internacional.

Finalmente recordamos que, debido a los huracanes del 2017 en el Caribe, las jurisdicciones de Antigua y Barbuda, Anguila, Bahamas, Islas Vírgenes Británicas, Dominica, San Cristóbal y Nieves e Islas Turcas y Caicos han recibido un periodo de gracia hasta febrero de 2018 para enviar sus compromisos fiscales y de cooperación. Estamos convencidos de que serán varias las que acaben integrando la lista negra pese a esta “prórroga” concedida.

En resumen, la lista negra incluye diecisiete jurisdicciones y la lista gris (territorios que aun con deficiencias se han comprometido a cambiar, a corto plazo, deficiencias en sus leyes y procedimientos) supera los cuarenta.

En cuanto a España, sin olvidar nuestra lista original de 1991, la consideración de paraíso se ve modificada por la firma de un acuerdo de intercambio de información o de Convenio de Doble Imposición (CDI) con cláusula de intercambio de información.

¹³⁵ LAMPREAVE MÁRQUEZ, P: “Fiscalidad de Amazon: algo está cambiando”, Diario Cinco Días, 1-3-18, Madrid.

La resultante no es del todo clara y la técnica legislativa parece sustancialmente mejorable en aras de una mayor claridad y transparencia (también el legislador debe verse afectado por la misma...). Sigue siendo complejo manejar la lista actual en nuestro país¹³⁶; pero, sin duda, el aspecto de mayor preocupación brota cuando se comparan las jurisdicciones de la lista europea y española y constatamos notables diferencias en número y contenido. Ejemplifica esto una las razones por las que las grietas en el sistema financiero internacional siguen presentes y no terminan de cerrarse. Parece lógico pensar que la nueva lista europea implicará modificaciones en la española y, entre otras, la calificación final de Gibraltar tras el Brexit si bien los factores políticos inciden notablemente en este sentido prevaleciendo sobre la técnica legislativa o las consideraciones puramente jurídicas. Parece plausible que la situación de paraíso fiscal en la UE puede tildarse, hasta cierto punto, de oportunidad. La UE debe actuar en este caso para evitar que el Brexit convierta al Reino Unido y sus territorios de ultramar en zonas fiscalmente ventajosas.

El listado español actualizado, ya comentado, distribuye así sus treinta y dos menciones:

América aporta trece menciones, África dos, Asia seis, Europa cinco y Oceanía seis.

Continuando en clave nacional, se ha publicado la Orden HFP/1308/2017 de 29 de diciembre por la que se modifica entre otras la Orden HAP/1695/2016 de 25 de octubre que aprueba el modelo 289 de declaración informativa anual de cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua. Esencialmente se trata de una actualización sobre el suministro de información que afecta a los obligados tributarios. En esta ocasión se actualizan los Anexos I y II respecto de los países comprometidos al intercambio de información publicándose así un listado de aquellos con los que se intercambiará desde 2018.

El artículo sexto de la Orden aporta una lista de jurisdicciones de los residentes fiscales sobre los que las instituciones financieras han de presentar declaración informativa

¹³⁶ Véase en tal sentido nuestra aportación en la revista Transatlantic Studies Network, número 2: CORONAS VALLE, D: “La lucha contra el fraude y la evasión fiscal en América y Europa: perspectiva desde las dos orillas” julio-diciembre 2016, disponible en http://transatlanticstudiesnetwork.uma.es/?page_id=1337, (último acceso 28-3-18).

anual de cuentas financieras. La Orden entró en vigor al día siguiente de su publicación y afecta a las declaraciones que las instituciones financieras han de presentar con fecha límite de 31 de mayo de 2018 sobre datos de 2017.

El Anexo I distingue en tal sentido entre países de la UE (veintiocho), países y jurisdicciones con acuerdo UE (cinco) y países y jurisdicciones respecto de los que surta efectos el AMAC y países con acuerdo bilateral (cincuenta y seis). En total se relacionan ochenta y nueve jurisdicciones.

Los dos primeros grupos de países ya fueron incorporados, en su día, por el RD 1021/2015¹³⁷ sobre la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostentan la titularidad o el control de determinadas cuantas financieras y de informar sobre las mismas en el ámbito de la asistencia mutua.

Por su parte el Anexo II nos aporta una lista de jurisdicciones participantes según la definición del citado RD 1021/2015 (apartado D.4 sección VIII) compuesta por noventa y nueve jurisdicciones de las cuales no todas estas en condiciones de intercambiar pero si en vías de ello y se han comprometido formalmente en tal actuación. La lista incluye, significativamente, algunos territorios que han sido mencionadas recientemente por la UE como paraísos fiscales: Macao, Islas Marshall, Granada, Barbados, Panamá, Santa Lucía, Samoa y Emiratos Árabes Unidos.

Sin embargo, donde la Orden presenta su mayor interés es en la Disposición Adicional Segunda cuando define que una jurisdicción es participante en la medida que la misma ha activado el correspondiente acuerdo de intercambio automático de información antes del 30 de abril respecto a información del año anterior. Por lo tanto, además de exigir a los bancos un conocimiento riguroso y actualizado de la situación de los acuerdos internacionales sobre fiscalidad, se conecta esta circunstancia con la actuación de la OCDE al asegurar que las jurisdicciones han activado el correspondiente acuerdo de intercambio si figuran, entre otros, en la relación publicada por la propia OCDE en su portal de internet sobre CRS. Una técnica y una obligación de actuación sin duda innovadora si bien no exenta de ciertos riesgos y controversias.

¹³⁷ Trataremos en profundidad este RD 1021/2015 a lo largo del capítulo II de este trabajo.

Por su parte la lista de la OCDE se encuentra vacía de contenido en este momento dado que todos los países cumplen mediante la firma de acuerdos con los requisitos exigidos por esta organización para no hallarse en una lista negra.

En suma, tres listas negras con coincidencias y divergencias en los territorios que reciben la consideración de paraíso fiscal generan no solo inseguridad jurídica al aplicar regulaciones diferentes sino que propician el fraude habilitando resquicios en el entramado jurídico internacional sin olvidar la dificultad de mantener actualizado el listado y la consideración (jurídica y política) que cada país individualmente pueda realizar al respecto.

La ausencia de una lista única así como de un organismo que liderase y legislase al respecto suponía una evidente debilidad del sistema tributario internacional ahora en vías de solución.

PARAISOS FISCALES 2016/17

PAISES	OCDE	UE	ESPAÑA (RD)	CRS 2017	CRS 2018
Andorra		X			X
Anguila		X	X	X	
Antigua y Barbuda		X	X		X
Bahamas		X			
Barbados		X		X	
Barhén			X		
Belice		X			X
Bermudas		X	X	X	
Brunei		X	X		
Dominica			X		
Fiyi			X		
Granada		X	X		X
Gibraltar			X		
Guernsey		X	X	X	
Hong Kong		X			

Islas Caimán		X	X	X	
Islas Cook		X	X		X
Islas Malvinas			X		
Isla de Man			X	X	
Islas Marianas			X		
Islas Marshall		X			X
Islas Salomón			X		
Islas Turcas y Caicos		X	X	X	
Islas Vírgenes Británicas		X	X	X	
Islas Vírgenes EEUU		X	X		
Jordania			X		
Líbano			X		
Liberia		X	X		
Liechtenstein		X	X	X	
Macao			X		
Mauricio		X		X	
Maldivas		X			
Mónaco		X	X		X
Montserrat		X		X	
Nauru		X	X		
Niue		X		X	
Omán			X		
República Dominicana			X		
San Cristóbal y Nieves		X			X
San Vicente y Las Granadinas		X	X		X
Santa Lucía			X		X
Seychelles		X	X	X	
Vanuatu		X	X		
TOTAL	0	29	32	13	10

1.2.4.3 El Blanqueo de Capitales.

1.2.4.3.1 Blanqueo de capitales en la cooperación internacional.

En una primera aproximación terminológica consiste en la introducción del dinero procedente de actividades delictivas en los circuitos financieros mediante la realización de movimientos de cuentas de uno o varios países con la finalidad de ocultar, acumular, fraccionar, trasladar importes para depositarlos en países con legislaciones menos rigurosas o en cuentas donde el dinero tenga apariencia legal incorporando estos importes al sistema financiero.

La Prevención del Blanqueo de Capitales (en adelante, PBC) tiene, por lo tanto, como finalidad impedir la utilización del sistema financiero para blanquear o legalizar los fondos procedentes de determinadas actividades ilícitas.

El origen delictivo de estos fondos puede ser diverso: narcotráfico, juego ilegal, prostitución, venta de armamento fuera de los cauces estatales, etc. El dinero ilícito pretende ser incorporado (lavado/blanqueado) al cauce legal, partiendo de la economía sumergida.

El movimiento de dinero (fondos) es habitual en la economía globalizada actual. La tecnología contribuye a la transferencia de dinero cualquiera que sea su origen. Nos encontramos, de facto, en un mercado mundial único¹³⁸.

El FMI ha estimado que las cifras de dinero que mueve el blanqueo de capitales representan entre un 2 y un 5 % del Producto Interior Bruto (PIB) mundial¹³⁹.

La dimensión internacional del blanqueo de capitales y del fraude fiscal en general desborda el ámbito de la soberanía de los Estados. Solo la aparición de un tejido reciente de normas internacionales, que facilitan la cooperación entre Estados, puede resultar eficaz para combatir estas lacras.

¹³⁸ NORAD (Norwegian Agency for Development): Report 5/2010, Discussion: *How Banks assist capital flight from Africa. A literature review*, Oslo 2010.

¹³⁹ FMI: International Monetary Fund (IMF): “*Offshore financial centers*”. IMF, Background paper, 2000, (último acceso 28-2-16).

Delitos globales requieren normas globales y soluciones eficaces pero, no a cualquier precio, sino con garantía de tutela judicial efectiva y preservando los derechos de los ciudadanos.

Transparencia si pero con seguridad jurídica: conocimiento y publicidad de las normas; garantía de la participación ciudadana en la norma, y calidad expositiva de la misma.

Lo elementos que intervienen en el blanqueo de capitales son:

- Instituciones financieras;
- Cuentas bancarias;
- Fondos ilícitos (incluyendo corrupción de políticos y particulares);
- Transferencia de fondos a cuentas en otros países o territorios.

Una lucha eficaz contra el Blanqueo pasa por la eliminación o reducción de los paraísos fiscales que, con su baja o nula tributación y su secreto bancario, alimentan el fenómeno.

La ocultación que en estos paraísos se realiza es decisiva para contribuir al mantenimiento de estas actividades ilícitas que muestran su verdadera dimensión en el ámbito transnacional por ello se solicita al sector privado (sin olvidar el impulso público) un notable esfuerzo colaborador en esta lucha.

Resaltamos que todo este planteamiento, ya recogido en su día por Naciones Unidas en su Resolución 46/152 de 1991¹⁴⁰, parte de la aceptación del sistema democrático como sistema de referencia con lo que países que no lo sean podrán excluirse de estos postulados si bien el nuevo marco de cooperación internacional está desarrollado, de tal suerte que la exclusión internacional del país en cuestión es cuasi inmediata logrando su ostracismo internacional.

Todos estos principios se nutren originariamente del Convenio de N.U. para la represión del terrorismo de 1.999.

¹⁴⁰ La primera Resolución de NU sobre la persecución de la financiación del terrorismo es la Resolución S/RES/1269 de 19-10-1999. Aunque inicialmente solo se adhirieron a ella cuatro países, tras los atentados del 11-S, ciento treinta países la suscribieron. La Resolución 1373 de 28-9-2001 remarca que todos los Estados miembros deben prevenir y perseguir la financiación del terrorismo. Téngase presente el contenido de esta nota al abordar n en el capítulo II de esta tesis los orígenes de FATCA y CRS.

La dificultad puede encontrarse en regímenes pseudo-democráticos donde es más complejo determinar la voluntad popular del dictador o sátrapa, a veces jaleado desde el exterior como referente moral.

Los Estados comenzaron la lucha contra este fenómeno en la segunda mitad del siglo XX percatándose velozmente de la faceta internacional de este fraude.

En 1989 se creó el GAFI o Grupo de Acción Financiera Internacional (o FATF por sus siglas en inglés)¹⁴¹. Desde 2000 a 2006 este organismo internacional elaboraba informes con listas de territorios no cooperantes ni seguidores de sus recomendaciones pero al igual que con los paraísos para la OCDE, tales listas están vacías pese a que no todos los países cumplen las recomendaciones; En cualquier caso, la producción del GAFI tiene la consideración de estándar internacional en su materia y no es cuestionada por nadie pese a su seguimiento desigual¹⁴².

La reciente producción jurídica emanada contra el Blanqueo de Capitales ha dado lugar a la armonización de ciertos principios jurídicos internacionales en el seno de los ordenamientos internos estatales.

En la jurisprudencia es admitida la prueba indiciaria no siendo preciso probar que el autor sabía que la conducta era contraria a la Ley. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado la compatibilidad de las pruebas indiciarias o circunstanciales con la presunción de inocencia como elemento de un juicio equitativo en relación al art. 6.2 del CEDH.

Sobre el derecho de propiedad en estos casos, el TEDH ha reconocido la importancia que reviste para los Estados esta lucha declarándola de interés general¹⁴³.

¹⁴¹ www.fatf-gafi.org (último acceso 26-2-17) y MONEYVAL en el ámbito del Consejo de Europa como Comité de expertos sobre el Blanqueo, <http://www.fatf-gafi.org/pages/moneyval.html> (último acceso 26-2-17).

¹⁴² En términos evolutivos el GAFI supo enmendar la grave ausencia conceptual contenida en sus ocho iniciales Recomendaciones para luchar contra el blanqueo de capitales: el dinero en efectivo. Será desde 2007 cuando la UE adopte medidas para su consideración y consiguiente persecución en el marco de la financiación del terrorismo.

¹⁴³ STEDH 26 febrero de 2009, asunto Grifhorst v. Francia: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CC0255&from=ES>, (último acceso 4-4-16).

El elemento clave que introduce la normativa reciente contra el blanqueo de capitales es el concepto de diligencia debida del que penden obligaciones para los Estados y operadores privados.

Sostenemos con JIMÉNEZ GARCÍA¹⁴⁴ que el Derecho Internacional Público alcanza con esta diligencia debida un nivel de reglamentación nunca visto y mantenemos que se está concretando hasta cotas inimaginables con FATCA y CRS.

Partiendo de la evaluación del riesgo, junto a la diligencia, actúa la supervisión de transacciones sospechosas que implica la asunción por los Estados, policía, unidades de inteligencia financiera e instituciones financieras con respuestas operativas sobre información para cumplir con las funciones previstas por estos instrumentos internacionales.¹⁴⁵ Destaca la prevención como elemento a potenciar, como punta de lanza de un nuevo procedimiento y por ser además un camino lógico a implantar antes de perseguir conductas que actúen contra la Ley. En consecuencia, la detección de conductas mediante potentes herramientas informáticas de nueva creación deviene en algo sustancial pese a los costes y dificultades técnicas consiguientes.

Dentro de estas medidas para clientes (personas físicas y jurídicas) como productos nuevos, entendiendo como tales aquellos que se abren tras la implantación de estas medidas, un cliente nuevo será aquel que no figure en la base de datos de la entidad financiera pero también aquel que figurando realice nuevas contrataciones de la entrada en vigor de la norma, se les aplica un control o diligencia reforzada que permite en la práctica obtener mayor información sobre su persona, datos fiscales y laborales y en general sobre su renta, patrimonio y la generación de estas.

Se aprecia una segmentación o enfoque de mayor atención según la operación o campo de negocio del cliente en esferas de banca privada, altos importes, valores bursátiles y compra venta de inmuebles como focos de mayor atención del legislador.

¹⁴⁴ JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “Prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción”, Ed. Comares, Granada, 2015.

¹⁴⁵ SEPBLAC: Recomendaciones sobre medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo sobre la aplicación de la Ley 10/2010).

La cualificación de las personas encargadas de analizar conductas e información debe ser necesariamente alta y permanente pues hablamos de una evaluación continua de los riesgos con necesaria formación constante.

Queda prohibida la apertura de cuentas que no cumplan requisitos de identificación de titulares o beneficiarios.

La identificación de personas jurídicas es más compleja pues exige un conocimiento más profundo de la estructura societaria y de la documentación a revisar por especialistas al tiempo que documentación que pruebe la residencia.

En materia de PBC una vulneración de la normativa nos lleva a incurrir en responsabilidad penal o civil (legislaciones que deben ser reformadas para dar cabida a estas conductas) pero todo se basa en el intercambio de información entre autoridades (tributarias y administrativas) sobre datos de clientes y sus sociedades. De la calidad (fiabilidad) y coordinación que los Estados realicen una vez obtenida esta información y de la celeridad a que esta sea intercambiada depende el éxito de cualquier iniciativa de esta naturaleza.

El art. 12 del Convenio contra la financiación del terrorismo determina que las partes no podrán rechazar una solicitud de asistencia judicial amparándose en el secreto bancario. Aunque mucho se ha debatido sobre el fin del mismo como realidad práctica, debemos recordar que ya en 1988 la Convención sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas ya había anticipado este principio haciéndolo suyo la Convención de N.U. contra la delincuencia organizada transnacional (2000).

Los textos internacionales señalan que la labor de coordinación de estas funciones debe ser realizada por una Unidad de Inteligencia Financiera. Estas Unidades son autoridades especializadas en la lucha contra este fenómeno.

La legislación internacional prevé la creación de ficheros o registros públicos sobre personas jurídicas y físicas relacionadas con jurídicas en su creación o gestión. Se busca la identificación de la titularidad real tras una sociedad. La Ley española 10/2010 en su art. 43 (y 51 de su reglamento) explica este mecanismo para identificar con claridad la empresa y su titular real o persona de control que según las normas GAFI es aquella persona física o jurídica que controla al menos un 25% del capital social.

El responsable del Fichero es la Secretaria de Estado del Ministerio de Economía. Al fichero tendrán acceso el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, el Centro Nacional de Inteligencia (CNI) y la AEAT.

Las declaraciones de titularidad no incluyen cuentas y depósitos de las sucursales o filiales las entidades financieras españolas en el extranjero. El contenido de la declaración incluye la identificación del titular o representante con capacidad de representación y disposición en cuenta. El Reglamento no señala de manera concreta la necesidad de autorización judicial para consultar el archivo por parte de los Cuerpos de Seguridad del Estado ni el CNI.

En su momento la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo (2012) regulaba que los datos de persona física debían tratarse de forma lícita y transparente, garantizando que su uso fuese el estricto para el fin tratado. Los datos debían guardarse por periodos limitados.

Una aspecto complejo de las normas internacionales anti blanqueo de capitales y por extensión de todas aquellas del derecho internacional público referentes a la cooperación internacional en la lucha contra el fraude, es la aplicación de las mismas más allá de las fronteras territoriales estatales cuando las sociedades pantalla se escudan en paraísos fiscales así como entidades financieras llamadas bancos pantalla. A tal efecto parece eficaz (aunque extraterritorial por ser de aplicación más allá de las fronteras de EEUU) el sistema de penalización o acicate previsto por la legislación FATCA para que aquellas entidades no colaboradoras o participantes acaben en una situación de exclusión financiera internacional además de poder ver retenidos, hasta acreditar su estatus y origen de los fondos, un 30% de los mismos.

El art. 22 del Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal (2010, reformado en 2011) consagra el secreto y protección de los datos personales obtenidos y las reglas básicas para el intercambio interestatal. Otro principio de protección es que solo se ha de facilitar información a aquellas autoridades relacionadas con el impuesto y la acción penal relacionada con el mismo.

En nuestra opinión, el problema de mayor calado reside en la dualidad en que todas estas normas sitúan a una institución financiera colaboradora. Por un parte, la

institución financiera tiene objetivos comerciales y se debe a una rentabilidad basada en la captación de clientes y por otra, debe afrontar el cumplimiento de normas que en muchos casos le obligan a delatar al cliente si este entra en unos determinados perfiles y dentro del marco del conocimiento comercial y legal del mismo. Esa tensión tradicional entre las unidades de *back office* de bancos y aseguradoras y sus unidades de negocio se incrementa al máximo con la promulgación de normas de Cumplimiento Normativo¹⁴⁶. El sigilo, que no secreto bancario, se mantiene en el espíritu de leyes como FATCA, que no prescribe informar al cliente antes de trasladar sus datos al fisco norteamericano pero otras como CRS si incluyen comunicación fehaciente al cliente sobre un próximo intercambio de sus datos al país donde mantenga obligaciones fiscales.

Se detecta una ausencia de comunicación a la ciudadanía por parte de los Estados y organismos públicos de las nuevas leyes entre otras razones por el cambio de mentalidad que implican pese a perseguir en última instancia la aplicación de un sistema más justo. Esa publicidad y esa concienciación forman parte de las nuevas tendencias internacionales en transparencia normativa.

En todo caso deben tenerse en cuenta, como marco básico de actuación, las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa de 1981 para la protección de datos de carácter personal y su protocolo de 2001, que analizaremos en el capítulo dedicado a tal efecto.

¹⁴⁶ Nos ocuparemos de este aspecto adentrándonos en un Plan de Cumplimiento tipo propio de una institución financiera en el capítulo IV.

Examples of banking features used for illicit transfers of funds	
Feature	How it may facilitate illicit activity
Multiple accounts Banker opens multiple accounts in multiple names in multiple jurisdictions for clients	Impedes monitoring and tracing client activity and assets and allows quick, confidential movement of funds. May hide or facilitate illicit activity
Offshore accounts "Shell" corporations or trusts formed to hold client assets offshore. Banker opens accounts in name of offshore entities	Impedes monitoring and tracing client activity and assets. May hide or facilitate illicit activity
Special name or numbered accounts Banker opens account in code name	Impedes monitoring and tracing client activity and assets. May hide or facilitate illicit activity
Wire transfers Banker facilitates complex wire transfers from multiple accounts to multiple destinations with substantial amounts	Allows quick, complex movement of substantial funds across jurisdictional lines
Concentration accounts Banker conducts client business through one single account that facilitates the processing and settlement of multiple individual customer transactions. The account that commingles the funds is used for internal purposes of the bank, but it can also be a method of hiding the origin of funds	Impedes monitoring and tracing of client activity and assets. May hide or facilitate illicit activity
Offshore recordkeeping Bank maintains client records offshore and minimizes or eliminates information in the country of residence	Impedes bank, regulatory and law enforcement oversight
Secrecy jurisdictions Bank conducts business in a jurisdiction which criminalizes disclosure of bank information and bars bank regulators from some other countries	Impedes bank, regulatory and law enforcement oversight

Source: US Permanent subcommittee on investigations (1999:45)

1.2.4.3.2 El Blanqueo de capitales en la legislación española.

En nuestro país el texto de referencia es la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo¹⁴⁷ y especialmente el reglamento que la desarrolla (Real Decreto 304/2014 de 5 de mayo). Nuestro Código Penal regula los casos de blanqueo de capitales en los artículos 301 a 304.

En España, las funciones de coordinación en la aplicación de la normativa de prevención de blanqueo de capitales se han atribuido a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias dependiente de la Secretaria de Estado de Economía. Esta Comisión está apoyada por la Secretaria de la propia Comisión y el

¹⁴⁷ Ley 10/2010: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737>, (último acceso 1-2-16).

Servicio Ejecutivo de la misma. Este Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC) tiene encomendada la vigilancia y el control de riesgos relativos al blanqueo.

Los sujetos obligados al cumplimiento de obligaciones relativas a la prevención del blanqueo de capitales son entidades financieras, notarios, abogados, promotores inmobiliarios, corredores de arte y casinos de juego entre otros. Estos sujetos afectados por la normativa deben contar con procedimientos y órganos de control interno para impedir la realización de operaciones relacionadas con blanqueo de capitales.

De esta manera los órganos de control habituales serán:

- La Unidad o Departamento de Prevención de Blanqueo de Capitales como unidad operativa dedicada a la prevención del blanqueo;
- El Comité de Prevención de Blanqueo de Capitales que controla, analiza y comunica al SEPBLAC todas las operaciones o hechos susceptibles de vinculación con el blanqueo de capitales. Está integrado por miembros y unidades que tiene relación con el negocio y *back office* de cada entidad que podrá designarlos libremente.

Todo el proceso de control y cumplimiento gira alrededor del conocimiento del cliente (*Know your customer, KYC*).

Este conocimiento requiere implantar procedimientos adecuados que detecten discrepancias entre los datos recabados del cliente y su operatoria. La Unidad está compelida a realizar un chequeo de razonabilidad (*reasonable check*) entre ambas pautas. Este chequeo pretende in fine no solo la identificación formal sino el seguimiento de las actividades del cliente dentro de parámetros lógicos. Las instituciones financieras aplican formularios de conocimiento de clientes solicitando datos sobre sus actividades y revisando la operatoria habitual del cliente para determinar la coherencia con tales actividades.

Los datos recogidos incluyen la identificación de la persona física (DNI/NIF/pasaporte) o de la persona jurídica (escritura de constitución inscrita en el Registro Mercantil), comprobación de la actividad e ingresos declarados en su caso (volúmenes).

Es necesario que las entidades adopten una política de admisión de clientes que explique causas de inadmisión de estos o de admisión restringida, previo cumplimiento de ciertos requisitos.

El catálogo de medidas que la prevención exige se completa con las actividades formativas que la organización de cada sujeto obligado debe incluir en su empresa. Estos planes específicos se dirigirán al personal más afectado y en contacto con la clientela para que conozcan y detecten estas conductas.

Las comunicaciones de los sujetos obligados al SEPBLAC se harán por escrito mediante los representantes de los órganos de control interno. En determinados supuestos (razones de oportunidad o agilidad para evitar delitos o facilitar su persecución inmediata) directivos o empleados pueden comunicar en el ejercicio de sus funciones, directamente al SEPBLAC indicios o certezas de conductas sobre blanqueo de capitales manteniendo el deber de informar al órgano de control interno pertinente.

No hay determinación legal de un importe que pueda ser considerado sospechoso debiendo examinarse cualquier operación. Se prestará especial atención a operaciones complejas inusuales o sin propósito económico aparente o con indicios de simulación o fraude. Este examen debe constar por escrito. La legislación española exige que las entidades financieras señalen las operaciones que reúnen estas características singulares.

La normativa de prevención del blanqueo de capitales no estaría completa si no se estudia en consonancia con otras cuyo espíritu legal y finalidad es el mismo. Se trata de manejar razonablemente y de forma simultánea las operaciones en cuenta de clientes con los territorios de destino de las mismas (especialmente los paraísos fiscales determinados en las listas actualizadas de España y UE así como centros financieros *off-shore*).

Conocer profundamente los conceptos, las listas y su permanente actualización y matices, el empleo de la información proporcionada por el intercambio automático de información de otros sistemas como FATCA o CRS es crucial. Las evidentes sinergias tienen que ser empleadas para un correcto cumplimiento legal en la lucha contra el

fraude fiscal. Al tiempo que la información sea más completa y profunda la relación en generará mejores resultados.¹⁴⁸

Efectivamente la Directiva 2015/849¹⁴⁹ del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifica el Reglamento UE 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, supone un compendio de toda la legislación comunitaria hasta su publicación dotando de coherencia a la misma y alineándola con legislación anti fraude publicada tras las Directivas de 2005 y 2006.

Esta singular codificación vertebró el armazón jurídico de la UE en la materia y, a nuestro juicio, presenta los siguientes puntos destacados:

- Conciencia de la utilización creciente del dinero electrónico como alternativa a las cuentas bancarias;
- Inclusión de los profesionales del Derecho como personas sujetas a esta legislación incluidos los asesores fiscales;
- Concepto de delito fiscal, que sin estar armonizado en la UE, permita incluirse como “actividad delictiva” en sentido amplio y sujetarlo mediante el intercambio de información y asistencia por las Unidades de Inteligencia Financiera de cada uno de los Estados miembros;
- Necesidad de identificar al titular real como factor clave de la identificación de los delincuentes que ocultan su identificación en una estructura empresarial;

¹⁴⁸ Aunque insistiremos en ello durante el capítulo II de este trabajo, nos parece ilustrativo destacar aquí (como uno de los numerosos ejemplos que podríamos citar) un párrafo que subraya la evidente relación y similitud entre las normas de PBC y FATCA-CRS. Se trata de la Directiva comunitaria 2015/849 sobre PBC que en su art. 30.5 afirma “las personas u organizaciones a que se refiere la letra c (personas u organizaciones con interés legítimo) tendrán acceso, como mínimo, al nombre y apellidos, mes y fecha de nacimiento, la nacionalidad y el país de residencia del titular real así como a la naturaleza y alcance de la participación real”. Por tanto, se trata, no de forma casual, de datos relevantes que CRS exige conocer sobre los clientes de las IF y si mutamos titular real por persona de control, podríamos dar cabida a los datos más relevantes que esta normativa OCDE exige a las jurisdicciones que la suscriben.

¹⁴⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=EN>, (último acceso 20-4-17).

- Llamar la atención sobre la creciente utilización de los servicios del sector de juegos de azar para el blanqueo de capitales máxime si estos radican en paraísos fiscales o jurisdicciones no cooperadoras;
- Se invoca la cooperación policial y judicial sin perjuicio de la protección de datos personales cuya regulación está revisando y reforzando la UE, como veremos en el capítulo III de esta tesis.
- Se fija en cinco años mínimo la obligación de las Instituciones Financieras de conservar la información sobre diligencia debida de los clientes y sus operaciones. Estos podrán extenderse otros cinco adicionales como máximo (art.40);
- Pese a que el blanqueo y la financiación del terrorismo son problemas internacionales se conmina a los Estados a implantar legislaciones disuasorias con fuertes sanciones al respecto;
- Derogación expresa de las Directivas 2005/60/CE ¹⁵⁰y 2006/70/CE¹⁵¹ con efectos 26 de junio de 2017 al fin de clarificar y fusionar la legislación;
- En el art. 3.6 la Directiva define al titular real diferenciando tres casos: en las personas jurídicas, en los fideicomisos y en las fundaciones y estructuras jurídicas similares, todo lo cual nos indica el ámbito por donde discurre la preocupación del legislador europeo al respecto;
- El art. 10 prohíbe a las instituciones financieras de los Estados miembros mantener cuentas anónimas, lo cual ha tenido fuerte impacto en Suiza, Austria y Luxemburgo, que han mantenido hasta hace muy poco el secreto bancario;
- El art. 11 determine umbrales de control según tipos de transacciones antes de abordar en el 13 las medidas de diligencia debida que afectan al cliente, su

¹⁵⁰ Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. DOUE L 309/15 de 25 de noviembre de 2005.

¹⁵¹ Directiva 2006/70/CE de la Comisión de 1 de agosto de 2006 por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada. DO L 214 de 4 de agosto de 2006.

identidad, la del titular real, evaluación sobre el negocio y aplicación de medidas de seguimiento continuo de cliente y su negocio;

- Meridiana es la prohibición que los Estados miembros habrán de extender a sus instituciones financieras respecto a la posibilidad de mantener relaciones de corresponsalía con bancos pantalla (art. 24);
- Al igual que ocurre con FATCA y CRS, se permite que terceros (expertos ayuden a la IF a cumplir con sus deberes de diligencia);
- Mención especial merecen en el art.31 los fideicomisos y su tratamiento de la titularidad real. Todo esto debe ser puesto en conexión con lo estudiado con respecto al trust en este mismo capítulo, considerando este artículo la regulación actual del asunto en el entorno de la UE y que periclita el secreto bancario y la opacidad que sobre esta figura recaen. Probablemente es uno de los grandes hitos contenidos en esta Directiva;
- Reseñable es la prohibición de revelación por parte de la institución financiera al cliente afectado sobre la transmisión de información que le afecta lo que entre otras cosas determina una clave diferenciadora respecto a CRS donde tal comunicación debe ser expresa antes de la transmisión. La naturaleza de los delitos cometidos y su forma de perseguirlos enmarcan tales diferencias. Por otra parte el intercambio en blanqueo es a propia iniciativa del Estado o previa solicitud mientras que FATCA y CRS tienen naturaleza automática;
- El marco del tratamiento de la protección de datos general aparece en el art. 40 y siguientes e incluye la necesaria excepción de comunicación de información al cliente propio para la consecuencia de los fines de esta regulación;
- Otro elemento hegemónico del texto es la cooperación internacional descrita en el art. 49 como vía eficaz de lucha contra el fenómeno del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; en este sentido si hay similitudes con las actuaciones contenidas en FATCA y CRS;
- Los Anexos de la Directiva ayudan a catalogar situaciones y factores de mayor o menor riesgo siendo antecedente, hasta cierto punto, remoto del sistema más

detallado y exhaustivo de Indicios que FATCA y CRS implantan y que será estudiado en el capítulo II de este trabajo.

Por su parte el Ministerio de Hacienda, en su Plan Anual 2015¹⁵², detalla que la AEAT desarrollará una labor de prevención y represión del blanqueo de capitales a través de estas medidas:

- Refuerzo de la vigilancia del espacio aéreo español, aguas jurisdiccionales y recientes aduaneros con posibles investigaciones técnicas de policía judicial e intercambio de información y colaboración internacional;
- Controles para detectar drogas, precursores de drogas, medicamentos no homologados y productos en general nocivos para la salud;
- Impulso de actuaciones sobre el contrabando de tabaco;
- Refuerzo de controles en aduanas para pasajeros y mercancías procedentes de áreas de menor tributación con técnicas de análisis de riesgos e inspección no intensiva de contrabando o mercancías incorrectamente declaradas.

Por su parte, el Tribunal Supremo (TS) ha establecido en su STS 974/2012 de 5 de diciembre diferencias entre el blanqueo de capitales y el delito fiscal. En el primer caso afirma la sentencia se protege el orden económico mediante “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes” sin embargo en el delito fiscal se habla de la función del Estado como garante de los tributos y la función distributiva que estos cumplen en una democracia. Como afirma MARTÍN QUERALT,¹⁵³ la postura del TS se vertebra en torno al argumento de que la cuota defraudada es la que se puede lavar, no siendo objeto de blanqueo el conjunto de rendimientos o base imponible que han motivado dicha cuota. En otras palabras, en el caso de delito fiscal como antecedente del blanqueo, el objeto del mismo es la ganancia procedente del delito fiscal, es decir, la cuota defraudada. De tal suerte, que en opinión del profesor, los organismos internacionales exigen a los Estados miembros la aplicación del principio por el que el

¹⁵² Plan Anual AEAT 2015: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-2603>, (último acceso 4-4-16).

¹⁵³ MARTÍN QUERALT, J.: “Delito fiscal y delito de blanqueo de capitales” en Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, GARCÍA PRATS, F.A. (director), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

delito fiscal es previo del delito de blanqueo, olvidando que la definición del delito contra la Hacienda Pública es competencia soberana de los Estados y no existe actualmente una definición uniforme. Esta circunstancia plantea problemas de cooperación internacional.

Disentimos de esta afirmación que a nuestro juicio posterga la idea central precisamente de la cooperación internacional: los delitos, sus tipos y su represión han de ser cada día más definidos y perseguidos en el ámbito internacional para lograr una mayor eficacia sin desatender soberanía estatal ni derechos fundamentales de los particulares. Debe aceptarse el pujante papel desempeñado por los organismos internacionales en la elaboración jurídica así como el *soft law* en general.

Entendemos certera, por el contrario, la afirmación de MARTÍN QUERALT, interesante para el ámbito del presente trabajo, cuando manifiesta las palpables dificultades a las que se enfrentan las instituciones financieras actualmente por su desconocimiento del mundo jurídico internacional lo que acentúa la necesidad de creación de Unidades especializadas en su seno que comprendan, apliquen e implementen la normativa internacional conducente a frenar la actividad delictiva del blanqueo así como otras conductas similares. No es fácil conocer la legislación y normativa de todos los Estados, como bien sabemos por experiencia propia.

La STS 4703/2015¹⁵⁴ impone a un operador financiero irlandés una sanción de 4.114.000 euros por incumplimiento de dos de sus obligaciones en materia de prevención de blanqueo de capitales. Se trata de dos infracciones de la Ley 10/2010 de Prevención del blanqueo de Capitales. La sentencia considera probado una infracción muy grave del artículo 51.1 a) (multa de 1.100.000 euros) y otra grave del art.52.1 g) por incumplimiento de la obligación de examen especial prevista por el art.17 en concurso ideal con la infracción grave del art.52.1 h) por incumplimiento de la obligación de comunicación por indicio en los términos del art.18 (multa de 3.014.000 euros). La Sala destaca, en cuanto a la sanción por la infracción muy grave del incumplimiento del deber de comunicación de operaciones sospechosas de blanqueo detectadas por los servicios internos de la entidad financiera, que la problemática del fraude era conocida por la entidad y que comunico algunas operaciones sospechosas al

¹⁵⁴ STS 4703/2015: ECLI: ES: TS: 2015:4703 en www.poderjudicial.es/stfls/.../TS%20Sala%20III%2018nov2015.pdf (último acceso 22-3-16).

Servicio de Prevención del Blanqueo de Capitales. Así mismo afirma que dejó de comunicar otras muchas sobre las que en relación con pagos procedentes de Estados Unidos y otros países, los propios servicios internos tenían fundadas sospechas de fraude al basarse en operativas muy similares. Resalta que los indicios existían y que el hecho de que no se identificasen por esos servicios internos las operaciones concretas sino un conjunto de ellas de cierto perfil, no permitía a la compañía desentenderse de ellas sin investigarlas y sin comunicar el riesgo de fraude detectado pues estaba en condiciones de conocer e informar de aquellas operaciones que reproducían unos idénticos patrones; por todo ello entiende que existía una advertencia interna sobre prácticas y agentes sospechosos sin que la compañía financiera cumpliera la obligación de comunicarlo a los Servicios de Blanqueo incurriendo así en infracción muy grave.

Destacable así mismo es la STS 5917/2013¹⁵⁵ que reafirma la jurisdicción española en materia de prevención de blanqueo de capitales siempre que la actividad empresarial se realice en España.

En su fallo se ratifica la sanción impuesta contra el *Jyske Bank Gibraltar Limited*, por infracción de las normas españolas de prevención de blanqueo de capitales al no contestar a los requerimientos de información efectuados por el SEPBLAC, en el que se le requería los nombres de los clientes, teniendo en cuenta que el Jyske es una entidad de crédito autorizada por la ley de Gibraltar para prestar servicios bajo la supervisión continuada de su autoridad supervisora local, la Comisión de Servicios Financieros en Gibraltar (*Financial Services Commission*), que desde 2003 desarrolla su actividad empresarial en España en régimen de libre prestación de servicios sin establecimiento permanente.

Como cuestión prejudicial se planteó la no sujeción de Jyske a las autoridades españolas en materia de prevención de blanqueo de capitales, que fue resuelta por el TJUE mediante sentencia dictada con fecha 25 de abril de 2013¹⁵⁶ (asunto C-212/11). En ella se recoge que "el artículo 22, apartado 2, de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento

¹⁵⁵ STS 5917/2013 - ECLI: ES: TS: 2013:5917 de 17 de diciembre en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6927600&links=%22613%2F2009%22&optimize=20140114&publicinterface=true>, (último acceso 1-5-17).

¹⁵⁶ STJUE de 25-4-2013 (C 212/11) en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136784&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=240109>, (último acceso 1-5-17).

Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que impone a las entidades de crédito que ejercen sus actividades en libre prestación de servicios en el territorio de ese Estado miembro la obligación de comunicar directamente a la unidad de información financiera de dicho Estado miembro la información requerida a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo", lo que implica la aplicación a Jyske de la legislación española.

1.3 El papel de las Organizaciones Internacionales en la cooperación internacional. La producción normativa específica para el intercambio de información. Implicaciones e intersecciones.

Dada la magnitud y complejidad del fenómeno del fraude fiscal, así como por la descoordinación de las actuaciones globales realizadas contra el fraude fiscal en su vertiente internacional¹⁵⁷, es posible afirmar que, desde 2009, se ha producido un punto de inflexión casi revolucionario en la producción normativa frente a este fenómeno. Ciertamente es que se halla encuadrada dicha producción en un auténtico tsunami regulativo, como se ha visto, que afecta a todo el sector financiero y especialmente a la banca como sujeto directo, pero con repercusión final en el ciudadano, cuyos datos son objeto de información e intercambio entre los Estados.

La situación legislativa de los ordenamientos nacionales es incluso peor, dada la ausencia, vetustez e inadecuación de las herramientas para combatir el fraude fiscal, al menos hasta el comienzo de la segunda década de 2000. Desde ese momento crece la preocupación internacional por atajar la lacra del fraude y nacen iniciativas que muestran de manera decidida un camino de cambio y una tendencia opuesta a lo realizado en años precedentes.

A continuación glosaremos las principales organizaciones internacionales y sus aportaciones legales de mayor impacto y seguimiento en el mundo.

¹⁵⁷ Téngase presentes, a modo ilustrativo, los fraudes financieros descubiertos en la primera década de los 2000 sin olvidar su magnitud (crisis financiera 2007) y la convulsión que supusieron, incluidos aspectos relativos al blanqueo de capitales y sus palmarias conexiones con la financiación del terrorismo como han puesto de manifiesto las investigaciones del 11-S y de los atentados terroristas de Londres, París y Madrid especialmente.

La cooperación internacional en estos organismos se plasma esencialmente en la creación de tratados multilaterales, a través del instrumento de los tratados multilaterales, que van postergando las tradicionales vías bilaterales. La reciente normativa CRS de la OCDE o la publicada por el *Financial Action Task Force (TATF)* sobre blanqueo de capitales ejemplifican esta vía.

En el ámbito universal destacamos:

1.3.1 Naciones Unidas.

El texto legal de mayor calado, con impacto en el fraude fiscal, elaborado por Naciones Unidas es el Modelo de Convenio sobre renta y capital que presenta grandes similitudes con el modelo OCDE.¹⁵⁸

El propio texto de UN solicita la cooperación y experiencia en esta materia tanto del Banco Mundial (BM) como del Foro Global de Intercambio de Información.

No hay menciones relevantes en la web del Banco Mundial, ocupándose tan solo del fraude fiscal en relación con sus propios empleados y determinados códigos internos de conducta.¹⁵⁹

Por su parte, las menciones al fraude en el Fondo Monetario Internacional (FMI) son de enfoque presupuestario y teórico. No profundizan en el análisis del fenómeno ni proponen medidas correctoras.¹⁶⁰

Digna de mención nos parece la iniciativa Dialogo Fiscal Internacional (*International Tax Dialogue*)¹⁶¹ que, auspiciada por Naciones Unidas, Banco Mundial, OCDE y FMI, persigue facilitar el debate sobre tributación entre expertos tributarios compartiendo buenas prácticas en fiscalidad y dando enfoques claros que permitan evitar duplicidades en aspectos tributarios. Se habla de actuaciones colaborativas en un marco universal y sin fuerza vinculante.

¹⁵⁸ MORENO GONZÁLEZ, S.: “Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria: hacia un mayor y más efectivo intercambio automático de Información”, *Crónica Tributaria* nº 146/2013, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013, pág. 200.

¹⁵⁹ Banco Mundial: <http://www.worldbank.org/>, (último acceso 1-9-14).

¹⁶⁰ FMI: <http://www.imf.org/external/spanish/>, (último acceso 2-9-14).

¹⁶¹ ITD: <http://www.itdweb.org/>, (último acceso 17-3-16).

1.3.2 El G20.

El G20¹⁶² constituye un bloque importante como foro que permite el dialogo internacional y cuyos miembros representan no solo dos tercios del total de la población mundial sino el 85% de producto interior bruto y casi el 75% del comercio mundial. Cifras poco discutibles por su representatividad.

Desde el G20 se ha instado reiteradamente a los países firmar el Convenio de OCDE-Consejo de Europa sobre Asistencia Mutua Administrativa en Materia Tributaria como instrumento base para una cooperación internacional tributaria que incluye, no solo la lucha contra el fraude y el intercambio de información sino también, la asistencia en el cobro, la conservación de documentos y la simplificación de procedimientos administrativos

Los acuerdos de intercambio de información superan los límites del art. 26 del Modelo de Convenio y evitan las reservas que algunos Estados habían planteado al citado artículo.

Las tres modalidades clásicas de intercambio de información son:

- Intercambio previa petición, que requiere unos formalismos jurídicos previos y evita las peticiones indiscriminadas de información sin dato previo que identifique al contribuyente, conocido como *fishing expeditions*. Las peticiones deben tener nexos con alguna investigación abierta en el país solicitante;
- Intercambio espontáneo, que ocurre cuando una de las partes contratantes considera que una información obtenida en una gestión de su propia legislación fiscal puede ser de utilidad a la otra parte con fines tributarios;

¹⁶² El G20 es un conjunto de los países más avanzados y emergentes del mundo. Entre sus miembros sobresalen países tan dispares como Sudáfrica Argentina, China, India, Japón, Rusia, Arabia Saudí, Estados Unidos o la UE. Cada año el presidente (rotatorio) del G20 invita a una serie de países a participar en los actos y cumbres a celebrar. Entre sus preocupaciones figura reflejar el espectro de la opinión internacional más amplio posible en los temas que debate.

G20:

<http://www.exteriores.gob.es/PORTAL/ES/POLITICAEXTERIORCOOPERACION/G20YOCDE/Paginas/Inicio.aspx> , (último acceso 15-11-15).

- Intercambio automático, la información aglutina numerosos casos individuales del mismo tipo organizado por tipos de rentas y datos (*Automatic Exchange of Information*, AEOI). Se traslada información “en masa” de forma sistemática y periódica.

La Convención Multilateral de Asistencia recoge otras dos modalidades:

- Intercambio simultáneo de información del contribuyente en los dos territorios firmantes del acuerdo;
- Auditoría fiscal en el extranjero, obtención de información mediante la presencia de representantes de la Administración fiscal del Estado requirente en un análisis de contenido fiscal en el Estado requerido. La OCDE mantiene meticulosamente actualizados listados de funcionarios autorizados de cada país miembro y su correspondiente autoridad fiscal.

Entre sus artículos destaca la propuesta programática de su art.6¹⁶³ (ampliando el 4.1) sobre intercambio automático de información entre las autoridades competentes designadas por cada Estado. La voluntad de intercambio entre las partes es determinante para el mismo quedando sujeto además a reglas de confidencialidad y reciprocidad (no siempre simétrica).

Los datos intercambiados mantienen el carácter de secreto en el Estado receptor.

Uno de los objetivos prioritarios es asegurar la confidencialidad de la información recibida y garantizar su utilización exclusivamente para los propósitos específicos del intercambio automático (art. 21 y 22 del Convención de Asistencia Mutua en Asuntos Fiscales).¹⁶⁴

1.3.3 Consejo de Europa y OCDE.

¹⁶³ Convenio OCDE-Consejo de Europa sobre Asistencia Mutua Administrativa en materia Tributaria: Art. 6 “Este tipo de intercambio de información requiere acuerdo preliminar entre las autoridades competentes ...”

¹⁶⁴ CORONAS VALLE, D.: “FATCA: La información (contra el fraude fiscal) es poder...más que nunca”, Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos del Ministerio de Defensa. 4-8-14.

La OCDE es, en nuestra opinión, el organismo internacional de referencia en cuanto a producción legislativa contra el fraude fiscal internacional tanto en la vertiente de la doble imposición como en el ámbito de los acuerdos de intercambio de información.

En tal sentido, publica, da manera sistemática, una serie de informes y trabajos de ámbito tributario sin carácter vinculante para los Estados. No obstante, estos suelen gozar de respaldo notable por los Estados y son referentes en la producción jurídica de otros organismos.

Este organismo, con sede en París, ha sabido situarse a la vanguardia de los objetivos de una gran mayoría de países aglutinando lo mejor de iniciativas contra la evasión fiscal como la norteamericana FATCA y las europeas surgidas en el seno de la UE.

En este campo lidera y coordina los esfuerzos de más de cien países¹⁶⁵ (octubre 2018) que han adoptado un estándar internacional para el intercambio de información tributaria. En total más de noventa países participan en el Foro Global de Transparencia y Asuntos Fiscales de esta organización.

Como se ha explicado a lo largo de este capítulo, ante los problemas generados por la doble imposición, se alumbró un Modelo de Convenio para evitar la misma y las dobles exenciones. Una certera y bien estructurada visión sobre los Modelos de Convenio en el campo de la doble imposición es la firmada por CAROLINA DEL CAMPO de la Dirección General de Tributos.¹⁶⁶ La primera versión de estos Modelos data de 1977 e inmediatamente se decidió crear un grupo de trabajo para la revisión de este Modelo dentro del Comité de Asuntos Fiscales. Este grupo mantiene al día el Convenio evitando obsolescencias. Las actualizaciones ven la luz cada dos o tres años afectando al articulado así como a los Comentarios de los Estados que hayan sido estimados.

Siguiendo una característica de la normativa tributaria internacional a partir de la última crisis financiera global, estos Modelos son dinámicos, no instrumentos estáticos (de nuevo el *moving target*).

¹⁶⁵ A 29 de octubre de 2018 la lista de 104 países participantes en CRS puede consultarse en <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/MCAA-signatories.pdf>, (último acceso 1-3-19).

¹⁶⁶ DEL CAMPO AZPIAZU, C.: “Modelos, fines, estructura e interpretación y calificación de los CDI” en Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

El Modelo de Convenio para evitar la doble imposición elaborado por NU sigue el mismo esquema que el de la OCDE. Este Modelo prima la tributación en fuente o compartida sobre las rentas no descritas en el Convenio. En el Modelo OCDE prevalece, sin embargo, la residencia.

Resulta digna de mención la diferencia que el Convenio de NU realiza sobre la prevención de “la elusión y la evasión de impuestos”. Por su parte, el Convenio Modelo de la OCDE no realiza expresamente esta doble matización.

Otra diferencia consistente radica en las autoridades y uso de la información intercambiada; en el caso de NU solo se remite con fines exclusivamente tributarios y en el caso de OCDE tal información puede utilizarse “para otros fines en virtud de leyes de ambos Estados y la autoridad competente del Estado que suministre autorice tales usos”.

En todo caso, ambos Modelos buscan eliminar la doble imposición mediante la tributación exclusiva (solo un Estado tendría potestad tributaria eliminando así la doble imposición) o por tributación compartida entre dos Estados contratantes si bien obliga al que sea Estado de residencia a que elimine la doble imposición.

La estructura común de ambos Modelos de Convenio (NU y OCDE) contiene treinta artículos y unos Comentarios que glosan los mismos aportando luz al respecto (aclaraciones y explicaciones así como propuestas alternativas en la aplicación).

Podría concluirse que ambos Convenios presentan notables similitudes y mantienen idénticos objetivos.

El instrumento jurídico sobre el que articula su tarea es el Convenio (también se le denomina Convención Multilateral) de la OCDE y el Consejo de Europa sobre Asistencia Mutua Administrativa en Materia Tributaria (1988)¹⁶⁷, modificado por un Protocolo en 2010, que lo adapta a los estándares internacionales de intercambio de información para tratar de sumar miembros firmantes ajenos al Consejo de Europa o a la OCDE. El Convenio entró en vigor en 1995 con diez países firmantes. España lo ratificó en 2010, entrando en vigor el 1 de diciembre de ese año.

¹⁶⁷ OCDE: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/conventiononmutualadministrativeassistanceintaxmatters.htm>, (último acceso 15-9-14).

El contenido del Convenio incluye una mención expresa, en su art. 6, al intercambio automático de información, así como a la asistencia en recaudación y la notificación de documentación al contribuyente.

El informe explicativo de este Convenio multilateral señala que la revisión se ha basado en los comentarios al art.26 del Modelo OCDE al cual se remite para su interpretación. Por otra parte, la OCDE, en solitario, comenzó a estudiar el intercambio de información en 1996 publicando en su web en 1998 el informe “Competencia fiscal perjudicial: un problema global” que concluía que falta de intercambio era la causa de las distorsiones entre territorios.

Un nutrido sector de nuestra doctrina¹⁶⁸ acepta la existencia de una competencia fiscal sana basada en la eliminación de ineficiencias y aumento de neutralidad de los sistemas fiscales para favorecer el desarrollo inversor y económico. La internacionalización económica suscita oportunidades y permite que los contribuyentes conozcan legítimamente otros sistemas fiscales más ventajosos: la llamada economía de opción.

En contraposición a esto, existe la competencia fiscal perjudicial que aparece al haber jurisdicciones que con la finalidad de atraer capitales e inversión optan por utilizar el elemento fiscal ofreciendo tasas reducidas y opacidad informativa sobre las operaciones realizadas en las mismas. La competencia perjudicial supone que la causa de la localización de una actividad o renta se basa en circunstancias injustificadas o ventajas fiscales exorbitantes.

Este elemento de opacidad es determinante para la calificación de los paraísos fiscales y el fraude internacional tal y como vemos a lo largo del desarrollo de este trabajo. Precisamente partiendo de esta idea TANZI¹⁶⁹ identifica a los paraísos fiscales y los centros *off-shore* como una de las principales “termitas” fiscales de la base imponible mundial.

¹⁶⁸ Deben considerarse, entre otras, las siguientes elaboraciones doctrinales al respecto: GARCÍA PRATS, F.A.: “La asistencia mutua en materia de recaudación tributaria” Documentos del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 24, 2001. CALDERÓN CARRERO, J.M.: “El intercambio de información entre Administraciones Tributarias como instrumento de control fiscal en una economía globalizada”, Fiscalidad y planificación fiscal internacional, IIE, 2003, pp. 429-466. PEREZ RODILLA, G.: “La colaboración de las administraciones fiscales en el ámbito de la Unión Europea en la lucha contra el fraude fiscal”, Manual de Fiscalidad Internacional, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, pp.971-991.

¹⁶⁹ TANZI, V. : “*Globalization, tax systems and the architecture of the global economics system*” en “Taxation an Latin American Integration”, TANZI, V., BARREIX, A., VILLELA, L. (Eds.), capítulo 13, IDB, Harvard University, 2008.

En este sentido, la OCDE elaboró en 2000 una lista con aquellos territorios que consideraba paraíso fiscal.

Fruto de estas experiencias el organismo publicó en 2002 el Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información Tributaria con dos versiones: bilateral y multilateral. Contenidos como acceso a información bancaria, identificación de beneficiarios efectivos de sociedades y eliminación del principio de doble incriminación figuran entre los aspectos más novedosos de este documento.¹⁷⁰

Este Modelo, que podemos calificar de claro ejemplo de *soft law*¹⁷¹, reúne una serie de elementos mínimos (transparencia e intercambio de información) que un paraíso fiscal cooperativo debe cumplir para no sufrir medidas de los Estados de la OCDE. Esos elementos generaron en su día, como ya hemos explicado, un aluvión de convenios bilaterales entre numerosas jurisdicciones.

El art. 26 del Modelo de Convenio de la OCDE fue modificado en 2004 para hacerlo consistente con el Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información aprobado antes.

Más de tres mil acuerdos bilaterales se han basado en el Modelo de Acuerdo OCDE, tal y como pueden consultarse en su web.

En un contexto general, la OCDE propuso las siguientes medidas:

- 1) Diseñar normas fiscales internacionales que cubran vacíos legales entre diferentes sistemas jurídicos fiscales de los países. Se persigue eliminar resquicios y grietas legales que puedan ser usadas por los defraudadores internacionalmente; se trata de crear una red fiscal internacional que elimine paraísos fiscales donde puedan recalar ciertas fortunas e inversores, con independencia del origen lícito o ilícito de estos fondos. Cooperación internacional entre administraciones es el objetivo clave¹⁷²;

¹⁷⁰ MARTÍN MORATA, B. “Los acuerdos de Intercambio de Información”, Escuela de Hacienda Publica del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, pág.111.

¹⁷¹ MORENO GONZÁLEZ, S.: op. cit.

¹⁷² Los aspectos evolutivos y una serie de propuestas destacadas sobre cooperación internacional entre Administraciones Tributarias pueden encontrarse en RUIBAL PEREIRA, L.: “Experiencia internacional sobre medidas de reorganización de las Administraciones Tributarias en la lucha contra el fraude fiscal”, Crónica Tributaria núm. 134, 2010, pp. 144 y ss.

- 2) Revisar los tratados fiscales internacionales y los precios de transferencia (*transfer pricing*) para eliminar deficiencias; esto asegurará que los beneficios obtenidos por las empresas sean acorde con la localización del lugar de su producción;
- 3) Incremento de transparencia: creación de un listado país a país que muestre empresas y a que autoridades fiscales están sujetas por localización de sus beneficios. Esta afirmación debe ser completada por los gobiernos al exponer públicamente sus reglas fiscales y los beneficios aplicables a contribuyentes y empresas multinacionales.

Es un hecho constatado que en la actualidad las compañías multinacionales suelen utilizar filiales constituidas en paraísos fiscales para trasladar artificialmente las bases imponibles generadas en los países donde operan para finalmente gravar a tipos menores de los que correspondería;

- 4) Acciones directas y rápidas para desarrollar un instrumento multilateral que sustituya eficazmente la totalidad de acuerdos bilaterales surgidos en este sentido.

Un paso más de la OCDE en la lucha contra el fraude fiscal a través del intercambio automático de información es la creación en 2013 de un patrón internacional: el denominado *Common Reporting Standard* (CRS) que actúa mediante un sistema efectivo de estandarización para el intercambio de información automático: El 28 de noviembre se publicó una declaración conjunta de treinta países (incluido España) apoyando el establecimiento de un modelo automático para el intercambio de datos bancarios que entró en funcionamiento en enero de 2016.

A grandes rasgos, el modelo CRS se basa, con ciertas diferencias, en el modelo FATCA estadounidense predominando en este el criterio de residencia del contribuyente frente al de nacionalidad mantenido en la legislación norteamericana. Ambos modelos serán objeto de análisis riguroso en el capítulo II de esta tesis.

En cierto modo, podemos considerar a FATCA un catalizador de la legislación OCDE pues numerosos principios y filosofías son compartidos con matices¹⁷³. Profundizaremos ampliamente sobre este argumento en el capítulo II de esta tesis.

La información bancaria que se obtenga de titulares no residentes será objeto del intercambio entre los países adheridos a esta iniciativa.

Integrando a socios tan dispares como China, Brasil, India, Rusia o Sudáfrica, la OCDE avanza hacia la definición de un modelo común de informe (*reporting*) para el intercambio de información sobre cuentas mantenidas en las entidades financieras que incluya reglas de cumplimiento debido (*due diligence*), formatos de informes y métodos de transmisión segura. El objetivo es maximizar los beneficios del cumplimiento para los países de residencia reduciendo costes para las instituciones financieras. Se pretende que el contribuyente pague aquello que le corresponde en el lugar y momento correctos.

Otro objetivo es incrementar forma voluntaria el flujo de información que los contribuyentes declaren a las autoridades tributarias en cuestión.

Técnicamente el método de transmisión y encriptación de datos aceptado en la OCDE es el portal de información llamado “*point to point*” y en el seno de la UE los intercambios a través de red segura (CCN) o los desarrollados por los países integrantes de la Convención Nórdica.

En este modelo se requerirán datos no solo de individuos, sino información que provenga de vehículos de inversión interpuesto que traten de ocultar la verdadera identidad de personas físicas con el único objeto de defraudar al fisco correspondiente. Ello precisa que las entidades financieras (incluidos *broker*, compañías de seguros o vehículos de inversión colectiva) busquen entre sus clientes compañías como *trust*, empresas ficticias, en suma “tapaderas” de cualquier tipo. Radica aquí uno de los fundamentos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Una figura parece crucial para asegurar el *reporting* y cumplimiento: las retenciones (*withholdings*), que serán practicadas a personas o empresas que no faciliten la información solicitada por su entidad financiera y/o autoridad fiscal pertinente

¹⁷³CORONAS VALLE, D.: “El control fiscal internacional de cuentas bancarias de ciudadanos estadounidenses”, Cuadernos de Información Económica núm. 234, junio 2013, Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS), Madrid, 2013.

La posterior eliminación de estas, sin embargo, contribuiría notablemente a la simplificación del sistema de información fiscal y su control.

Quedan excluidas de *reporting* ciertas instituciones financieras oficiales: bancos centrales, organismos reguladores de mercado de valores, organismos autónomos, etc.

Como hemos mencionado al tratar el cuerpo normativo de la OCDE, la producción jurídica conjunta de mayor relieve es la Convención de la OCDE y el Consejo de Europa sobre Asistencia Mutua Administrativa en materia Tributaria (1988)¹⁷⁴, modificada por un Protocolo en 2010.

Esta Convención es el resultado del trabajo realizado conjuntamente por el Consejo de Europa y la OCDE. Su redacción en el Consejo de Europa fue responsabilidad de un comité de expertos, bajo autoridad del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, sobre la base de un borrador elaborado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.

El texto original, que data de 1988, fue revisado para atender la solicitud del G20 tras la cumbre celebrada en Londres de 2009, con la finalidad de lanzar un sistema de transparencia e intercambio de información para todos los países incluidos aquellos no pertenecientes a la OCDE o el Consejo de Europa. Desde junio de 2011 está a disposición de los Estados para su firma.

En todo caso resulta capital comprender que esta norma ha de estudiarse en los parámetros marcados por el art. 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, o dicho de otra forma, las disposiciones de este Convenio se alinean con el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

Queda así patente la relación evidente entre los distintos instrumentos jurídicos de la OCDE, que en ocasiones presentan carácter transversal y complejo.

La pretensión última de la Convención es obtener el mayor consenso posible en su elaboración logrando un alto número de Estados firmantes.

1.3.4 La UE.

¹⁷⁴ OCDE: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/conventiononmutualadministrativeassistanceintaxmatters.htm>, (último acceso 15-9-14).

En el ámbito de la Unión Europea¹⁷⁵ la Resolución del Consejo de 10 de febrero de 1975 “relativa a las medidas que deben tomarse por la Comunidad en el ámbito de la lucha contra el fraude y la evasión internacionales” es la mención más remota sobre el asunto. La misma pone de manifiesto la preocupación y el interés que siempre ha despertado esta materia en el seno comunitario, pese a que los avances o logros hayan sido hasta hace muy pocos años escasos debido al funcionamiento casi siempre basados en mecanismos comunitarios de consenso en los que sigue predominando el componente de interés nacional sobre el europeo.¹⁷⁶ En 2012 la UE estimó en más de un billón de euros el volumen del fraude fiscal en sus fronteras lo que proporciona una idea sobre la magnitud del problema.

La preocupación en la UE por el fraude fiscal ya se muestra en las menciones del art. 280 del antiguo Tratado constitutivo, así como en el nuevo de Lisboa en su versión consolidada del art. 325¹⁷⁷

¹⁷⁵ M. WOLF define a la UE como “el más prometedor sistema de integración internacional pacífica que nunca haya existido” en WOLF, M.: “La gran crisis, cambios y consecuencias”, Ed. Deusto, 2015.

¹⁷⁶ Resolución del Consejo de 10 de febrero de 1975 relativa a las medidas que deben tomarse por la Comunidad en el ámbito de la lucha contra el fraude y la evasión internacionales. DOC 35 de 14-2-1975, pag.1/2(EE-09V1, p 49).

¹⁷⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>, (último acceso 15-3-16).

Lucha contra el fraude:

Art. 325

(antiguo artículo 280 TCE)

“1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

3. Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo.”

Como acertadamente recuerdan MERINO ESPINOSA y NOCETE CORREA¹⁷⁸, ha existido y existe un debate abierto al respecto de la base jurídica sobre la que edificar un Derecho derivado en materia de intercambio de información tributaria.

El Consejo defiende que las disposiciones de Derecho derivado en esta materia debe adaptarse al amparo de los artículos 113 y 115 del TFUE, mientras que la Comisión, siempre más practica aunque no siempre ortodoxa en su interpretación, opta por actuar basándose en el art. 114 TFUE.¹⁷⁹

El enfrentamiento hubo de requerir la intervención del Tribunal de Justicia de la UE, que en sentencia de 29 de abril de 2004, (Caso Comisión contra Consejo, C-338/01)¹⁸⁰ asumió la argumentación mantenida por el Consejo.

En todo caso, nuestra postura es que siempre que se respeten, no solo en el ámbito comunitario, sino internacional, los derechos fundamentales de los ciudadanos, se debe optar por el mecanismo más ágil y de mayor cobertura. De lo contrario estaremos propiciando un debate estéril mientras el fraude fiscal consigue sus objetivos.

De la Comunicación 254 de 31-5-06 de la Comisión al Consejo, el Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social¹⁸¹ se desprende una preocupación en el seno de las instituciones comunitarias por mejorar las actuaciones en el ámbito de la lucha contra el fraude fiscal. Conscientes de los retos que plantea la globalización económica y los movimientos de capitales y del deber de la propia Comisión en estimular y facilitar la cooperación entre los Estados miembros, se plantea una estrategia anti fraude a nivel europeo. Aunque el documento se centra en las actuaciones sobre el IVA, esboza inicialmente un panorama sobre las actuaciones realizadas en el campo de la imposición

¹⁷⁸ MERINO ESPINOSA, M.P y NOCETE CORREA, F.J.: “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español” Doc. núm. 6/2011, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2011, pp. 149 y 150.

¹⁷⁹ Tratado de Lisboa 2007: Art. 113, 114 y 115 en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>, (último acceso 16-3-16).

¹⁸⁰ Caso 338/01 Comisión/Consejo, ECLI:EU:C:2014:2449.

¹⁸¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la necesidad de desarrollar una estrategia coordinada para mejorar la lucha contra el fraude fiscal; COM (2006) 254 FINAL, 31-5-06.

[http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/vat/control_anti-fraud/combating_tax_fraud/com\(2006\)254_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/vat/control_anti-fraud/combating_tax_fraud/com(2006)254_en.pdf), (último acceso 3-5-16).

directa en relación al intercambio de información (fundamentalmente la Directiva 77/799CEE y Directiva 2003/48/CE). La Comisión entiende que deben robustecerse los mecanismos de cooperación sobre todo tipo de impuestos y aprovechar la información de la OLAF al respecto. Debe potenciarse el intercambio electrónico de información bajo un modelo estandarizado. Al mismo tiempo propone la cooperación con terceros Estados (no comunitarios) pues el fraude es substancialmente un fenómeno transfronterizo por lo que no parece efectivo llegar tan solo a acuerdos bilaterales con estos terceros países y se propone incluir cláusulas de cooperación tributaria en los acuerdos de asociación que se alcancen entre estos y la UE.

Conferimos valor cuasi fundacional a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 27 de junio de 2012¹⁸². En este esclarecedor documento, la Comisión comienza asimilando fraude fiscal con evasión al señalar que la evasión de impuestos “deliberada” (nos preguntamos si cabe otra), es sancionable penalmente entre otras razones porque el contribuyente paga menos al ocultar información o renta al fisco correspondiente¹⁸³.

Tras esta precisión terminológica, que no viene sino a subrayar el estado incipiente del problema de fraude comenzando por su definición en aquel momento, la Comisión dibuja un recorrido justificativo de sus acciones y del estado de la cuestión. Se aportan cifras y se aventuran medidas para lograr una mayor “eficiencia y eficacia en la recaudación de impuestos” en tres ámbitos: en cada Estado, en el conjunto de la UE y a través de la cooperación transfronteriza. La UE es plenamente consciente (y de aquí pese a la aparente lentitud, la aparición de “listas” sobre paraísos fiscales e iniciativas como la DAC2 y CRS-UE) de la necesidad de activar una política clara respecto a los terceros países promoviendo una cooperación internacional que propicie unas condiciones equitativas para todos los Estados. Se menciona incluso la necesidad buscar un programa para la fiscalidad del mercado interior que sustituya en su día al actual FISCALIS.

¹⁸² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión también en relación con terceros países; COM (2012) 351 FINAL, 27-6-12.

¹⁸³ Otra posible situación sería la del incorrecto asesoramiento fiscal conducente a la comisión de fraude si bien en estos supuestos siempre cabría la repercusión de la responsabilidad cometida al asesor correspondiente.

Y decíamos fundacional porque, además de esbozar las necesidades, sitúa el hito de partida cuando señala que solo si hay confianza mutua y solidaridad entre los Estados miembros la cooperación transfronteriza es eficaz. Refuerza esta tesis con cifras que recogen los más de cuatro millones de ficheros con datos sobre rendimientos de residentes intercambiados entre los Estados. Entendemos que desde que aquí todo ha sido un perfeccionamiento jurídico y técnico y, en gran medida, es el panorama que vamos a explicar no solo en este capítulo sino a lo largo de esta tesis. Una evolución silente y vertiginosa.

En este punto la Comisión emite una queja sobre el uso adecuado y completo de las herramientas jurídicas con que los Estados Miembros se han dotado en este combate contra esta forma de delincuencia. Menciona la “cooperación administrativa” término hoy algo desfasado en el lenguaje internacional, pero que si viene a resumir el espíritu de que todas las Administraciones de los diversos Estados actúen coordinadamente y con las garantías que los textos legislativos conllevan (canales seguros de información). La Comisión descubre (por fin) la necesidad de revisar la Directiva 2003/48 pues esta dejaba fuera de su ámbito a las estructuras societarias intermedias que ocultaban la propiedad real efectiva de sus dueños así como el uso de instrumentos financieros innovadores como los estructurados.

Por su interés para nuestro trabajo, destacamos la aseveración que el texto lleva a cabo sobre la valiosa información que el intercambio automático de datos arroja para las Administraciones Tributarias de cara a fomentar el cumplimiento fiscal voluntario. La UE quiere destacar su apoyo a estos programas de transparencia internacional en materia fiscal al tiempo que anuncia la necesidad de que todo contribuyente opere con un número de identificación fiscal para facilitar el citado intercambio transfronterizo.

La propuesta central de esta Comunicación podría resumirse en mejorar el cumplimiento tributario de los contribuyentes para luchar así contra el fraude y para tal fin la información de los mismos y de los Estados es determinante buscándose una simplificación de las complejidades actuales en los códigos tributarios y eliminando trabas administrativas.

A consecuencia de lo señalado, las empresas deben también incentivar y poseer un código ético (en referencia a lo ya comentado sobre el valor del *soft law*) al respecto siendo la responsabilidad social corporativa es el terreno adecuado para tratar este

aspecto. Al mismo tiempo se llega a anunciar una política penal común sobre la materia del fraude fiscal que proteja los intereses financieros de la UE.

Donde este Dictamen acierta de pleno es al establecer conexiones entre el fraude fiscal y otras formas delictivas como el blanqueo de capitales o el fraude a la seguridad social. Por lo tanto la necesidad de cooperación entre las propias Administraciones es clave tanto a nivel nacional como internacional y esta última dimensión parece estar muy clara en la mente de las autoridades de Bruselas.

Se nos habla de un triple ámbito de gobernanza fiscal, regida por el principio de transparencia, competencia fiscal leal e intercambio de información extendiendo la UE su preocupación a terceros países ajenos a la propia Unión. En ese punto el documento menciona expresamente a los centros financieros que amparados por el secreto bancario dificultaban la aplicación eficaz de medidas reforzadas sobre fiscalidad del ahorro y se cita a Islas Caimán y Suiza, que representaban un 20% del total de depósitos no bancarios del mundo¹⁸⁴. Desde esa posición se insta a la Comisión a que modificase sus acuerdos sobre el ahorro con Suiza, Mónaco, Liechtenstein, Andorra y San Marino, aspecto que como sabemos se llevó a cabo.

El documento concluye promoviendo y apoyando la aprobación de iniciativas internacionales de lucha contra la evasión fiscal, como es el caso de FATCA reconociendo que esta abre nuevas expectativas para fortalecer el intercambio automático de información entre Estados así como Organizaciones internacionales y propiciando, in fine, la transparencia internacional.

La última mención relevante aporta un dato adicional: la preocupación por los paraísos fiscales y la planificación fiscal agresiva.

La UE pone de manifiesto que, pese al criterio mayoritario de la OCDE para definir a los paraísos muchos de estos amparados en su “competencia leal en materia fiscal”, no cumplen los compromisos internacionales. Toda esta situación redundará negativamente en los ciudadanos dada la pérdida de ingresos fiscales por bastantes Estados.

¹⁸⁴ En este sentido se recuerda, como señal de la magnitud del problema en la UE, el importante volumen de activos libres de impuestos mantenidos en Suiza y la firma de los acuerdos conocidos como Rubik, a los que hemos aludido y examinaremos en el capítulo II, tanto con Alemania como con el Reino Unido. Al tiempo se recuerda que los fondos fiduciarios hasta ahora excluidos del ámbito de la Directiva, pasan a tomarse en consideración.

Junto a todo lo dicho, recordamos que por las magnitudes y medios de los que disponen las grandes empresas son piedra fundamental en este engranaje internacional.

En suma, a nuestro juicio, esta Comunicación pone de relieve el insoslayable impulso político que los Jefes de Estado y Gobierno de la UE mostraron el 2 marzo de 2012 para concretar medidas para luchar contra el fraude y la evasión fiscal.

La Comisión Europea publicó en mayo de 2013 un informe titulado “Combatir el fraude y la evasión fiscal”¹⁸⁵.

Enfocado el asunto del fraude y la evasión fiscal como un problema no solo recaudatorio sino de equidad e igualdad social, la UE percibe que deben llevarse a cabo acciones en tres niveles para tratar de acabar con esta lacra: nacional, europea y mundial. El informe asegura que el fraude es una forma de evasión de impuestos deliberada que en general es penalmente punible; la evasión fiscal incluye planes ilegales para ocultar o ignorar la obligación de tributar mediante la ocultación de información a las autoridades tributarias.

La Comisión considera que las ya realizadas actuaciones contra planificación fiscal agresiva y paraísos fiscales están dando frutos y marcando una línea de actuación. Las mejoras sobre intercambio de información, en sus distintas iniciativas (FATCA y CRS) así como la mejora de la transparencia) son acciones coordinadas para lograr una mejora en la gobernanza en materia fiscal. Ambas iniciativas mencionadas tratan de estandarizar una forma de actuación segura que ahorre costes a los países en su implantación y permita pasar de un modelo hasta ahora bilateral de intercambio de información fiscal (los acuerdos bilaterales de doble imposición y cooperación, firmados tanto en el seno de la UE como de la propia OCDE) hacia un contexto multilateral más ágil y eficaz.

En el plano nacional, los Estados Miembros pueden incrementar sus ingresos fiscales actuando decididamente sobre la economía sumergida y garantizando mayor eficacia en las administraciones tributarias. Estas políticas tienen el añadido de evitar efectos

¹⁸⁵ Comisión Europea: “Combatir el fraude y la evasión fiscal”, Contribución de la Comisión al Consejo Europeo de 22 de mayo de 2013 http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax_es.pdf (último acceso 3-5-16).

colaterales adversos para el resto de la economía y demuestran al ciudadano una acción decidida.

Entre las medidas aplicables a escala nacional destacan:

- Desarrollo de estrategia de cumplimiento de obligaciones fiscales y esfuerzos contra la evasión fiscal;
- Ampliar el uso de información procedente de terceros;
- Creación de un NIF europeo;
- Acciones frente al trabajo sumergido, fomento del pago electrónico desde ciertos límites, etc.;

Además, como novedad, la propia Comisión prestará apoyo a aquellos Estados que soliciten su ayuda para implantar programas técnicos para mejorar la gobernanza fiscal y reducir la evasión. Todo este paquete de medidas de cooperación se articula a través del Programa FISCALIS 2020¹⁸⁶.

FISCALIS es un programa de acción de la UE destinado a financiar iniciativas de las administraciones fiscales para mejorar el funcionamiento de los sistemas fiscales en el mercado interior a través de sistemas de comunicación e intercambio de información, de

¹⁸⁶ El Reglamento UE 1286/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2013 por el que se establece para el periodo 2014-2020 un programa de acción para mejorar el funcionamiento de los sistemas fiscales de la UE (FISCALIS 2020) y por el que se deroga la Decisión 1482/2007/CE, aglutina los principios rectores de este Programa.

De una parte garantiza la cooperación administrativa, el intercambio de información y ayuda a los países participantes a reducir trámites burocráticos y costes de cumplimiento de obligaciones tributarias por los contribuyentes.

Las acciones del programa se financian a través de subvenciones, contratos públicos o reembolso de los gastos realizados por expertos externos. Las acciones están abiertas para funcionarios que trabajen para las Administraciones Tributarias.

Para el periodo 2014-2020 cuenta con un presupuesto de 223,4 millones de euros dirigidas a :

- seminarios, talleres y grupos de proyectos,
- controles multilaterales en otros países UE con funcionarios nacionales y pesquisas administrativas y visitas de trabajo,
- formación de necesidades identificadas,
- formación en nuevas tecnologías vinculadas a la materia.

controles multilaterales, intercambios de personal, seminarios y otras actividades de formación.

En la UE las medidas contra el fraude pivotan sobre un principio clave: el intercambio automático de información.

El intercambio está definido en el art.9¹⁸⁷ de la Directiva 2003/48/CEE sobre fiscalidad de los rendimientos del Ahorro en forma de pago de intereses mediante la cual los Estados miembros intercambian información sobre contribuyentes no residentes alcanzando un valor de 20.000 millones de euros.

Esta Directiva tiene por objeto conseguir la imposición efectiva de los pagos de intereses en el Estado miembro en el que el beneficiario efectivo tiene su residencia fiscal y para ello se establece un mecanismo de información fiscal automatizado.

Una vez al año, como mínimo y en los seis meses siguientes al final del ejercicio fiscal del Estado miembro del agente pagador, la autoridad competente de dicho Estado miembro comunicará a la autoridad competente del miembro de residencia del beneficiario efectivo la información sobre todos los pagos de intereses efectuados ese año. La fuente de esta información será el propio agente pagador.

En 2008 la Comisión incluyó medidas para reducir ciertas lagunas al extenderla a fondos de inversión, pensiones e instrumentos financieros innovadores así como a pagos efectuados a través de fideicomisos y fundaciones. El 20 de marzo de 2014 fue aprobada esta reforma, tras levantar el veto Luxemburgo y Austria, los dos únicos países de la UE que mantiene el secreto bancario.

Sin duda los avances en paralelo elaborados por la OCDE hacia un estándar global de intercambio automático de información han decantado a estos países a tomar esa decisión tras haberla adoptado Suiza, Liechtenstein, San Marino, Mónaco y Andorra desde 2005. Todo ello pretende garantizar unas condiciones equitativas entre la UE y sus países vecinos.

¹⁸⁷ Directiva 2003/48/CE DO L 157 de 26-6-03, (último acceso 30-1-16).

Art. 9.2 Intercambio automático de información:

“La comunicación de la información será automática y se efectuará como mínimo una vez al año, antes de transcurridos seis meses del final del ejercicio fiscal del Estado miembro del agente pagador o del operador económico.”

De manera análoga la Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 sobre cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (en vigor desde enero 2013 por transposición en el RD 1588/12 de 15 noviembre) y que deroga la Directiva 77/799/CEE)) profundizaba en el intercambio de información automático incidiendo sobre una serie de ingresos.

El capítulo II de la Directiva aborda el intercambio automático en sus distintas modalidades reservando el art. 8¹⁸⁸ para la modalidad automática.

El art. 25 consagra normas sobre protección de datos afirmando que todo intercambio de información sujeto a esta Directiva queda sujeto a las disposiciones de la Directiva 95/45/CE pudiendo además los Estados miembros limitar el alcance de las obligaciones y derechos de los artículos 10, 11, 12 y 21 de esa Directiva en relación con el 13 de la misma que marca los límites y excepciones en la protección de datos(seguridad, defensa, interés público, delitos penales o salvaguarda de terceros) y en el art. 25 (principios para la transferencia de datos personales a terceros países que otorguen garantías de protección adecuada a los mismos.

Similares problemas son apreciados por un sector doctrinal¹⁸⁹ que se ocupa del procedimiento de intercambio de información consagrado por la OCDE al manifestar que no hay consenso el nivel de protección legal a los sujetos afectados por los

¹⁸⁸ Directiva 2011/16/UE DO L 64, 11.3.2011

Artículo 8: Ámbito de aplicación y condiciones de la obligatoriedad del intercambio automático de información

“1. La autoridad competente de cada Estado miembro comunicará, mediante intercambio automático, a la autoridad competente de otro Estado miembro la información de que disponga relativa a los períodos impositivos a partir del 1 de enero de 2014 en relación con las personas con domicilio en ese otro Estado miembro, sobre las siguientes categorías específicas de renta y de patrimonio, como deban entenderse con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro que comunique la información:

- a) rendimientos del trabajo dependiente;
- b) honorarios de director;
- c) productos de seguro de vida, no cubiertos por otros instrumentos jurídicos de la Unión, sobre el intercambio de información y otras medidas similares;
- d) pensiones;
- e) propiedad de bienes inmuebles y rendimientos inmobiliarios.”

¹⁸⁹ MALHERBE, J., TELLO, C.P., GRAU RUIZ, M.A.: “La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP”, Instituto colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2015, pp. 154-158.

Acuerdos de este organismo. El derecho a ser informado de un requerimiento de información y su contenido, el derecho a participar y recurrir para controlar la legalidad son derechos no incluidos en el articulado de estos textos¹⁹⁰.

Conviene resaltar que esta Directiva comunitaria 2011/16 sobre cooperación administrativa en materia de fiscalidad implanta el intercambio automático de información desde el 1 de enero de 2015 en 5 categorías (rendimientos del trabajo dependiente (empleo), retribuciones del director, productos de seguro de vida no cubiertos por otras directivas, pensiones y rendimientos inmobiliarios). A la luz de esto debemos interpretar el tenor del art. 19¹⁹¹ al establecer que la extensión de la cooperación con terceros países no podrá negarse entre Estados miembros.

Algún sector doctrinal¹⁹² señala acertadamente que el texto del art. 19 podría ser interpretado como una suerte de cláusula de nación más favorecida según la cual cuando un Estado miembro brinde a un tercer país una colaboración más amplia, no podrá negarse a ofrecer esta misma colaboración a otros Estados miembros. Posteriores acuerdos de intercambio automático de información, como FATCA, incluyen menciones expresas a mecanismos de cláusula de nación más favorecida.

La Directiva 2003/48/CEE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses fijaba un porcentaje de retención del 35% sobre los rendimientos del ahorro. Esta retención era eludible situando una persona jurídica como beneficiaria efectiva del rendimiento.

Precisamente para evitar fugas de capitales la UE llegó a acuerdos durante 2004 y 2005 con Suiza; hoy estos acuerdos están superados en su contenido por la profundidad de los Acuerdos FATCA (en Modelo de IGA 2) así como los Acuerdos CRS de la OCDE, para

¹⁹⁰ Esta problemática será objeto de detenido análisis en el capítulo III de esta tesis.

¹⁹¹ Directiva 2011/16/UE op. cit. nota anterior.

Art. 19:

“Cuando un Estado miembro ofrezca a un tercer país una cooperación más amplia que la prevista en la presente Directiva, no podrá negarse a ofrecer esa cooperación más amplia a otro Estado miembro que desee participar en dicha cooperación mutua más amplia con el primer Estado miembro...”

¹⁹² CAAMAÑO ANIDO, M.A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: “Globalización económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?”, Revista Española de Derecho Financiero, núm. 114, 2002, pp. 179-209.

Andorra, Mónaco, Liechtenstein y San Marino, todos ellos ancestrales miembros de la lista europea y española de paraísos fiscales.

La Resolución del Parlamento Europeo de 21 de mayo de 2013¹⁹³ insta, actuando a modo de *soft law*, a los Estados miembros a cumplir sus compromisos y a refrendar el plan de acción de la Comisión subrayando que la UE debe asumir un papel destacado en la lucha contra el fraude, la evasión fiscal y los paraísos fiscales especialmente mediante el fomento del intercambio automático de información.

Todas estas medidas pretenden reducir cargas administrativas garantizando un marco homogéneo y coherente en la UE.

No olvida la Comisión una actualización acerca del Marco en la lucha contra el Blanqueo de Capitales y transferencia de fondos (febrero de 2013) actualizando las normas existentes ante un entorno cambiante donde la exigencia más novedosa está en la identificación de los beneficiarios efectivos de sociedades y vehículos de inversión.

Otro grupo de medidas está formado por los nuevos requisitos de capital para los bancos de la Eurozona. Tendrán que someterse a normas estrictas de control y transparencia de sus operaciones que incluirán información entre otros sobre volumen de negocios benéficos e impuestos en cada país donde operen (de dentro y fuera de la UE). Igualmente se reforma la legislación que atañe a los gestores de fondos alternativos con nuevas medidas de cumplimiento de obligaciones fiscales antes de comercializar un fondo en la UE.

Así mismo en 2013 comenzó a aplicarse el Pacto Presupuestario que implanta una regla de equilibrio presupuestario. Todos los países salvo RU y República Checa lo han firmado.

La aparición de nuevos Reglamentos y Directivas (Paquete legislativo sobre supervisión presupuestaria conocido como *Two Pack* y el *Six Pack*, paquete legislativo sobre gobernanza económica compuesto por cinco Reglamentos y una Directiva) así como el diseño de la Unión Bancaria con sus Pilares nos permiten atisbar ineludiblemente los Estados Unidos de Europa. La Unión Fiscal sería otra fase en ese camino.

¹⁹³ Resolución del Parlamento Europeo de 21-5-2013 en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0206+0+DOC+XML+V0//ES> , (último acceso 1-6-14).

No debemos obviar que el objetivo de una Unión Económica y Monetaria más genuina es romper el círculo vicioso y negativo existente entre deuda bancaria privada y deuda soberana mediante la creación de una autoridad centralizada (Autoridad Bancaria Europea, EBA por sus siglas en inglés) bajo el paraguas reforzado del Banco Central Europeo (BCE), que contribuya a un mejor control y estabilidad del sistema financiero europeo y el euro. Así mismo la unificación de criterios y formatos debe contribuir a mejorar la información no solo sobre la salud o situación del banco en cuestión (128 entidades europeas) sino que proporciona celeridad al conocimiento de los clientes y sus posiciones dentro de cada entidad financiera.

Estas medidas están en consonancia con los acuerdos internacionales de Basilea III elaborados entre 2010 y 2013 para reforzar las exigencias de capital de los bancos al incrementar su calidad sobre el porcentaje de activos pasando del 8% al 10,5% en 2018 más un colchón de provisiones anti cíclicas (entre 0% y 2,5%). Se elevan los requerimientos para titulizaciones complejas y para derivados. La conclusión es clara: el sector financiero es demasiado grande para dejarlo caer¹⁹⁴.

Se han implantado cambios en las normas de contabilidad de la UE con introducción de información desglosada por países (PIDP). El sistema abarca a grandes empresas privadas de la UE y compañías que coticen en bolsa en la UE y cuyas actividades se sitúen en sector del gas, hidrocarburos minas o explotación de bosques habiendo de informar sobre los cánones impuestos y primas pagados por una multinacional a la administración de un país de acogida. Sin duda es otro paso para la transparencia.

Finalmente la Comisión reflexiona sobre la soberanía de los Estados en la recaudación de impuestos y sus legislaciones tributarias llamando a las distintas administraciones tributarias a actuar responsablemente y con voluntad política de cooperación.

En su actuación internacional, la Comisión busca un liderazgo en el seno del G8 y G20 guiando esfuerzos de ambos foros para combatir el fraude y la evasión fiscal mediante la lucha contra el blanqueo de capitales y contribuyendo a que el intercambio de información sea norma mundial por la que se rija la fiscalidad internacional. La propuesta de la Comisión es que la UE actúe con una sola voz en el G8, el G20 y la OCDE.

¹⁹⁴ HERNÁNDEZ GIL, A.: “Economía fuera del equilibrio” Diario ABC, Madrid, 26-3-13.

Junto a todas estas medidas, la UE se ha dotado de órganos especializados en la lucha contra el fraude fiscal y la corrupción en su ámbito. Así se ha creado la OLAF.

1.3.4.1 La OLAF.

La Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude (OLAF), dependiente de la Comisión Europea, ha realizado más de 3500 investigaciones y recuperado más de 1100 millones de euros para el presupuesto de la UE.¹⁹⁵

Se dedica fundamentalmente a investigar el fraude al presupuesto de la UE, la corrupción y las faltas graves en las instituciones europeas y elabora la política de lucha contra el fraude para la Comisión Europea (art. 325 Tratado de Lisboa).

La OLAF ayuda a las autoridades responsables de la gestión de los fondos de la UE a entender los tipos, tendencias, amenazas y riesgos de fraude y a proteger los intereses financieros de la UE mediante la prevención de cualquier tipo de fraude.

Realiza una labor de control mediante procedimientos de auditoría interna; se ocupa de clarificar y reforzar el conocimiento de las normas y responsabilidades comunitarias, no siempre fáciles ni directas en su aplicación así como asegurar su efectividad.

Esta Oficina es un servicio administrativo e investigador¹⁹⁶; solo puede recomendar medidas que deben tomar las autoridades nacionales o comunitarias basándose en sus investigaciones; entre estas destacan:

- Medidas Financieras: La OLAF recomienda que los fondos malversados se recuperen;
- Medidas Judiciales: si hay pruebas de un acto delictivo, la OLAF envía un informe a las autoridades nacionales competentes recomendando una acción jurídica;

¹⁹⁵ OLAF: http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_es.htm, (último acceso 12-9-14).

¹⁹⁶ GIL SORIANO, A. "La lucha contra el fraude fiscal comunitario: nuevas perspectivas, La Olaf" en "Medidas y procedimientos contra el fraude fiscal" Hinojosa Torralvo, JJ. (Director) Ed. Atelier Barcelona, 2012, pp. 378-386.

- Medidas Disciplinarias: si un miembro del personal de la UE ha infringido normas profesionales de conducta el caso se remite a un grupo de actuación específica. Se pretende tolerancia cero con estas actuaciones;
- Medidas Administrativas: la OLAF recomendará cambios en los procedimientos que puedan ser objeto de fraude.

Su documento fundacional es la Decisión 1999/352/CE, CECA, EURATOM, de la Comisión de 28 abril de 1999.

Sus funciones principales se sustentan en el Reglamento (UE, EURATOM) 883/2013 (que sustituye al Reglamento CE 1073/1999 y al Reglamento (EURATOM) 1074/1999 así como al Acuerdo Interinstitucional de 25 de mayo de 1999).

Junto a abundante legislación para la regulación y control de los fondos estructurales y de cohesión el aspecto que consideramos de mayor interés en las funciones de la OLAF aparece en la producción de Convenios del Consejo para la adopción por los Estados miembros en la lucha contra el fraude y la corrupción a escala europea mediante la armonización (de nuevo) de la legislación penal.

Así por una parte se protegen intereses financieros de la UE mediante dos instrumentos:

- a) Convenio de 26 de julio de 1995 con tres protocolos:
 - Primer protocolo.
 - Segundo o informe explicativo.
 - Protocolo sobre competencias del Tribunal de Justicia de la UE.
- b) Convenio de 26 de mayo de 1997 sobre lucha sobre casos de corrupción en que están implicados funcionarios de la UE y Estados miembros.

Otro avance digno de mención en el marco de la OLAF es la creación de acuerdos con terceros Estados así como disposiciones sobre asistencia administrativa mutua en asuntos de aduanas. En su mayoría se trata de países asiáticos, africanos y centro americanos.

Lógicamente se produce una necesaria cooperación con el TJUE a través de la interpretación y labor de las funciones de la OLAF para la protección de los intereses de la UE.

Imparcialidad, rigor y respeto a la presunción de inocencia marcan los principios inspiradores que rigen la actuación de la Oficina y por los que debe velar el Alto Tribunal.

De la extensa producción jurídica del Tribunal algunos casos ilustran con sus decisiones la labor atribuida al mismo en un ámbito que está próximo al campo penal.

Así destacamos:

- La STJUE de 10 de julio de 2014¹⁹⁷, (As. C-220/13 P - Nikolaou v Court of Auditors), sobre disposiciones de gobierno de las instituciones comunitarias. En este caso durante una investigación interna, la OLAF no pudo convocar por la propia naturaleza secreta de sus investigaciones a la persona investigada para que fuese oída durante el procedimiento; Dado que la autoridad judicial competente autorizó tal procedimiento no se consideran conculcados derechos de la ciudadana griega en este caso. Más allá de esto se reitera que la Oficina investigadora ha de asegurar que la información concerniente al procedimiento en cuestión no sea desvelada y los datos se mantengan protegidos.
- La STJUE de 28 de febrero de 2013¹⁹⁸, (As. C- 460/09 P- Inalca and Cremonini v. Commission) versa sobre un caso de posible responsabilidad extra contractual derivada de la investigación realizada por la OLAF y que concluyó no haber causas de vulneración por las empresas italianas recurrentes a la normativa comunitaria sobre exportación de carnes. El Tribunal que la Oficina cumple con su deber de investigación y todas las actuaciones realizadas son precisas y ajustadas a Derecho.
- La STJUE de 18 de diciembre de 2008¹⁹⁹, (As. C-349/07 (Sopropé) sobre principios y objetivos de los Tratados. Se trata de una cuestión prejudicial

¹⁹⁷ ECLI:EU:C:2014:2057.

¹⁹⁸ ECLI:EU:C:2013:111.

¹⁹⁹ ECLI:EU:C:2008:746.

planteada por el Tribunal Administrativo de Portugal sobre el principio de respeto a la defensa y el Código aduanero comunitario por el que se enfrentaban una asociación empresarial de calzado y la Administración Tributaria portuguesa sobre el cobro de una deuda aduanera a posteriori con una investigación realizada por la OLAF.

- En la STJUE de 19 de abril de 2005²⁰⁰, (As. C-521/04 P(R) Tillack v. Commission) el alto Tribunal no aprecia vulneración de los derechos del reclamante ni tampoco de la tutela judicial efectiva; asegura que los Estados en su buena fe deben transmitir a la OLAF la información que esta requiera para el cumplimiento de sus funciones siendo preciso como mecanismo de control añadido un examen de la información y su adecuación al proceso donde se demanda.
- La STJUE de 10 de julio de 2003, (As. C-11/00, Comisión v. ECB, ECLI:EU:C:2003:395, consagra el estatuto independiente y la naturaleza específica de la función investigadora de la OLAF disposiciones financieras. Su independencia es básica para garantizar su labor fiscalizadora.

Finalmente, destacamos la preocupación por la protección de datos de los ciudadanos en las actuaciones de la esta Oficina y prueba de ello es el extenso apartado que su página web dedica a la misma.

En julio de 2013 la Comisión ha propuesto la creación de una Fiscalía Europea (*European Public Prosecutor,s Office, EPPO*) basándose en el art 86 del Tratado de Lisboa²⁰¹.

Aunque la misma está sujeta a un intenso debate creemos que puede ayudar a coordinar actuaciones anti fraude y aunar esfuerzos cerrando fisuras en el marco legal comunitario.

²⁰⁰ ECLI:EU:C:2005:240.

²⁰¹ Tratado de UE firmado en Lisboa 2007, DOUE C 306, 17 de diciembre de 2007,

Art. 86:

“1. Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de EUROJUST. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”.

1.4. La irrupción de nuevos actores en la lucha contra el fraude fiscal.

En el marco de la regulación internacional del mercado financiero las autoridades financieras nacionales e internacionales así como las agencias independientes tratan con su normativa de garantizar el correcto funcionamiento del mercado.

Dentro de estos actores internacionales que persiguen una mejora de la actividad financiera mediante una actuación coordinada con un perfil marcadamente técnico en la supervisión de las finanzas destacamos:

1.4.1 Reguladores:

1.4.1.1 El Banco de Pagos Internacionales.

En el mundo de la banca, el más activo debido al mayor impacto en la economía global, destaca, desde 1930, el Banco de Pagos Internacionales (o por sus siglas en inglés *Bank of International Settlements*, BIS). Se trata de un lugar de contacto entre los gobernadores de bancos centrales de los países más desarrollados.

En 1974 se avanza con la creación del Comité de Ordenación Bancaria y Procedimientos de Supervisión conocido como Comité de Basilea. En su composición figuran autoridades fiscales y de supervisión bancaria de Alemania, España, Italia, Francia, Reino Unido, Estados Unidos Suiza, Luxemburgo, Bélgica, Canadá, Holanda Japón y Suecia. Así mismo efectúa contactos frecuentes con autoridades de otros países a través de comités regionales y son habituales sus trabajos y colaboración con el Grupo de Contacto de las Autoridades de Supervisión Bancaria de la Unión Europea.

En el ámbito asegurador destaca reciente creación (1994) de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS). Es un foro de contacto entre autoridades del sector de cara a la protección de los asegurados y al mantenimiento de un mercado sólido.

Pretende la creación de estándares internacionales de actuación sectorial suministrando ayuda técnica a sus miembros y coordinando su labor con otros supervisores financieros. Su máxima instancia es un Comité Ejecutivo.

En el mundo de los mercados de valores la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO, 1983)²⁰² se configura como el máximo referente a nivel

²⁰² www.iosco.org (último acceso 25-2-17).

internacional. Agrupa a más de 170 supervisores de valores del mundo con la intención de fomentar el intercambio de opiniones e informaciones para conseguir que de manera eficaz se produzca una supervisión efectiva de las transmisiones internacionales de valores.

En su estructura destacan Comités Regionales y uno Ejecutivo. Las distintas Bolsas pueden formar parte de esta organización.

1.4.1.2 La Autoridad Bancaria Europea.

La Unión Europea, dentro del proceso armonizador legislativo pertinente, ha optado por la formación de diversos comités de expertos técnicos y políticos.

En ese ámbito la Comisión y el Parlamento han realizado sus consultas públicas en pos de la mejor práctica y dando audiencia a todos los consumidores y afectados (*stakeholders*).

Dos datos son ilustrativos acerca de la necesidad de una regulación bancaria en el sector europeo:

- a) El sector bancario europeo en su conjunto tiene activos equivalentes al 350% del PIB de la UE en sus balances;
- b) Sólo la quiebra de uno de los treinta primeros bancos europeos crearía un colapso del sistema financiero en su conjunto dada la interconexión existente entre estos grandes bancos²⁰³.

En tal sentido conviene recordar que los Pilares de la Unión Bancaria Europea son:

1. Single Rule Book (marco regulativo único que contiene normas y definiciones básicas comunes para toda la UE (estas Reglas afectan tanto a Reino Unido como al resto de los Estados Miembros). Implanta en la Unión las normas de Basilea III. (Directiva CRD IV ya en vigor);
2. Mecanismo Único de Supervisión (MUS);

Afecta a los 18 miembros de la UEM y está operativo desde noviembre de 2014.

²⁰³ Ángel Berges, miembro del Consejo Consultivo de ESMA (regulador europeo de seguros), Conferencia pronunciada dentro del II Curso de la Unión Bancaria Europea organizado por la Cátedra Jean Monet de la Universidad de Málaga y Unicaja Banco; Málaga, mayo de 2014.

3. .Mecanismo Único de Resolución (MUR), operativo por completo en 2023 con diferentes fases escalonadas desde 2016.

Su función será resolver lo que significa en términos bancarios y legales no solo liquidar sino decidir cómo solucionar crisis que presenten las entidades financieras. Adoptar mecanismos comunes a todos los Estados será fundamental.

El Manual de Supervisión del MUS, presentado como documento interno de apoyo al personal de MUS, establece procesos y metodología para la supervisión de entidades significativas y menos significativas teniendo en cuenta la cooperación necesaria entre Autoridades Nacionales Competentes (ANC) y el propio MUS.

La metodología de evaluación del riesgo y cuantificación del capital y liquidez en el marco del Proceso de Revisión y Evaluación Supervisoras (*SREP* en inglés) del MUS depende de la disponibilidad y calidad de datos de supervisión proporcionados por lo que se está haciendo todo lo posible por la mejora de dicha información.

En colaboración con las ANC se han realizado tres ejercicios piloto de recogida de datos con el mayor detalle posible. Estos datos han puesto de manifiesto problemas de comparabilidad. Así mismo se ha previsto el uso de herramientas de proveedores externos para ejecutar el análisis que incluya soluciones ya disponibles en el Banco Central Europeo (BCE) y el Euro sistema a través de comprobaciones y cruces de datos.

Se ha perfeccionado el concepto de cuantificación de capital y liquidez dentro del SREP.

El Manual de Supervisión incluirá un Anexo que detallará la metodología de las inspecciones in situ para proporcionar a los equipos de inspección orientaciones en la evaluación.

Los temas de este Anexo comprenden:

- Riesgo crediticio;
- Riesgo de mercado;
- Riesgo operativo;

- Marco de gobernanza corporativa y control interno (incluye control de riesgos, remuneraciones y auditoría interna);
- Riesgo de liquidez y cuestiones de capital.

Los inspectores podrán introducir categorías granulares específicas si a su juicio resultan pertinentes.

La transparencia en los principios de evaluación supervisora permitirá así mismo cumplir con el Acuerdo entre el Parlamento Europeo y el BCE y el marco de comunicación de información sobre supervisión de la Autoridad Bancaria Europea (ABE o *European Bank Authority*, EBA).

Respecto del rol de la ABE es conveniente resaltar, desde el punto de vista evolutivo, la publicación de la COM (2018) 645 FINAL²⁰⁴.

En este documento la Comisión refuerza los marcos de supervisión prudencial y de supervisión en materia de lucha contra el Blanqueo de Capitales en la UE dentro de las instituciones financieras. Por lo tanto, se trata de un documento dirigido a recordar, unificar y clarificar sus deberes y su marco de actuación a la luz de los últimos avances habidos en regulación sintetizando los mismos.

Se cita una pretensión cual es reducir los riesgos derivados del incumplimiento de la legislación relativa a la lucha contra el Blanqueo de Capitales en el sector bancario. Una primera medida es iniciar “una reflexión colectiva” sobre actuaciones de mejora en la cooperación entre supervisores prudenciales y supervisores en materia de lucha contra el Blanqueo y la Financiación del Terrorismo (lo que nos lleva al ámbito de la conducta en el sector bancario y el cumplimiento de unas directrices nítidas al respecto).

Se centra, por lo tanto, el documento en los dos grandes bloques regulatorios que afectan a una institución financiera: información financiera (contable/prudencial) frente a información no financiera o conductual.

Se argumenta además que una actuación coordinada de ambos bloques propiciaría un reforzamiento de la supervisión de las instituciones financieras al tiempo que contribuiría a fomentar la estabilidad del sistema financiero europeo. Sabemos que,

²⁰⁴<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2018:0645:FIN:ES:PDF>, (último acceso 6-11-18).

desde la entrada en vigor del Mecanismo Único de Supervisión²⁰⁵, los bancos se encuentran supervisados, de forma compartida, por el Banco Central Europeo y por las autoridades nacionales competentes (Banco de España (BdE) en nuestro país).

Han de tenerse presentes, entre otros, una serie de instrumentos legislativos prudenciales (de carácter fundacional o post crisis 2007-08) entre los que cabe mencionar la Directiva 2013/36/UE sobre acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y empresas de inversión, la Directiva 2014/65 relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID) y la Directiva 2009/138/CE sobre el acceso a la actividad de seguro y reaseguro y su ejercicio (Solvencia II).

Este corpus ha de ponerse en conexión con la llamada Quinta Directiva²⁰⁶ contra el Blanqueo de Capitales cuyo objeto es eliminar los obstáculos y mejorar el intercambio de información y la cooperación entre los supervisores prudenciales y sus homónimos en materia de blanqueo. De hecho impone una nueva exigencia a las Unidades de Inteligencia Financiera (UFI, encargadas en cada país del análisis de información y detección de operaciones sospechosas) debiendo comunicar, entre otros, a los supervisores prudenciales tales hallazgos.

Por tanto, constatamos, desde la publicación de la Quinta Directiva, la interacción decida de ambas legislaciones con la finalidad de robustecer el sistema financiero europeo y la libre circulación de capitales (consolidación del marco normativo). Con carácter expansivo (y previsible) la información a compartir atañe (o se encuentra en vías de serlo) a la obtenida de las iniciativas FATCA y CRS que supusieron en su día un peldaño evolutivo superior sobre la legislación anti blanqueo²⁰⁷.

²⁰⁵ En este Mecanismo Único se percibe la necesidad de aclarar la división de tareas (una búsqueda de espacios) entre el BCE y las Autoridades nacionales competentes que le ayudan en la supervisión prudencial (tanto de las significativas como de las que lo son menos). Por el momento se actúa de forma conjunta mediante los *Joint Supervisory Teams* (JST) o equipos de supervisión conjunta.

²⁰⁶ Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0843>, (último acceso 7-11-18).

²⁰⁷ CORONAS VALLE, D.: “Consideraciones sobre los avances europeos en cooperación internacional e intercambio automático de información tributaria: Presente y futuro de FATCA y CRS”, en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 11/2018, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, diciembre, 2018.

Existe un campo de mejora en lo tocante a la inexistencia de mecanismo obligatorio que abogue por esta cooperación que se desarrolla bajo parámetros de legislación nacional. De hecho, se recuerda oportunamente que el BCE no tiene entre sus funciones garantizar el cumplimiento de las Directivas contra el Blanqueo de Capitales siendo preciso que las legislaciones nacionales, que trasponen estas Directivas, presenten rasgos comunes.

Las autoridades europeas de supervisión (y significativamente la ABE) tienen un mandato constitutivo de velar por el establecimiento de sinergias entre las normas prudenciales y las normas anti blanqueo. Esa labor de aplicación de las normas debe regirse por criterios de coherencia y eficacia.

Se trata, *in fine*, de actuar de manera coordinada entre todas las autoridades y poderes para un intercambio fluido de la información pertinente.

El texto aventura un papel predominante de la ABE a la hora de coordinar las dos materias objeto de supervisión dotando a su mandato de un carácter más explícito en detrimento de las autoridades nacionales que ahora se responsabilizan de la lucha contra blanqueo de capitales. Un argumento a favor de esta medida es la reutilización del conocimiento que sobre las propias entidades financieras y su situación prudencial ya posee la propia ABE.

Las herramientas para medir el grado de adecuación en materia de implantación de normas anti blanqueo incluyen las evaluaciones periódicas independientes, los ejercicios (a similitud de los test de estrés) de valoración de riesgos sobre estrategias y recursos en la materia, los informes al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión o la capacidad de que la ABE pueda solicitar a los supervisores nacionales la investigación de ciertos casos y/o la adopción en consecuencia de medidas para los operadores financieros. Estas medidas legislativas han de distribuirse a lo largo del tiempo si bien a corto plazo hemos reseñado aquellas de mayor relieve.

En el plano de las recomendaciones se trabaja en unas orientaciones y evaluaciones por parte de la ABE que permitan detectar el punto de partida en la supervisión de los dos riesgos en pos de una metodología y procedimientos comunes.

Finalmente la Comunicación establece un horizonte temporal (“principios de 2019”) para la adopción de medidas legislativas ya citadas que permitan armonizar e impulsen sin excusa ni demora la transposición de las normas comunitarias en los ordenamientos nacionales. Por tanto, el gran protagonista será, en los próximas regulaciones, la ABE.

Por su parte, el BCE se encarga de los *stress test* para conocer el punto de partida en que asume la supervisión. Esos test son análisis prospectivos de la capacidad de resistencia de las entidades financieras (se deben aprobar 3 ejercicios distintos). Existe cierta polémica política y financiera sobre los criterios y aspectos a revisar (p ej. el apalancamiento financiero de las entidades, el *trading* o ciertas operaciones estructuradas que abundan en los balances de bancos alemanes y franceses no serán analizados confiriendo ventaja a esos países y entidades).

En nuestra opinión esta forma de trabajo (comités y búsqueda de una regulación mejor con participación activa de la ciudadanía) es un paso innovador en la técnica legislativa no solo comunitaria sino a nivel europeo continental. Existen similitudes muy significativas con el método estadounidense de generación de leyes y esa confluencia puede ser beneficiosa para el sistema europeo al permitir una mayor eficacia y celeridad así como implicación de todos los afectados pero sin olvidar la protección de los derechos fundamentales que no puede ser postergada en aras de una mayor eficiencia. Aquí radica el límite de esa supuesta agilidad legislativa que, por otra parte, y como veremos con FATCA, es ciertamente incuestionable.

De nuevo técnicas y procedimientos, junto a los comentados con el *soft law* y la negociación actual entre la UE y Estados Unidos de Norteamérica sobre el Tratado de Libre Comercio, señalan una convergencia de los sistemas jurídicos y políticos. Esa convergencia puede ser determinante en la supervivencia geopolítica del mundo occidental.²⁰⁸

1.4.2 Instituciones Financieras.

²⁰⁸ MÖLLERS, THOMAS, M.J.: “*Creating Standards in a Global Financial Market-The Sarbanes-Oxley Act and other activities : What Europeans and Americans could and should learn from each other*”, European Company and Financial Law Review, 2/2007, pp. 173 y ss.

Un notable ejemplo de la influencia y la relación entre la legislación europea y norteamericana es la adaptación al marco, no solo UE, sino internacional de la Ley estadounidense *Sarbanes Oxley* (2002).

1.4.2.1 Ley Sarbanes-Oxley.

Su nombre deriva de los apellidos del congresista Michael G. Oxley y el senador Paul S. Sarbanes. El contexto y finalidad de la misma es dar respuesta firme a los reiterados escándalos financieros en Estados Unidos en los años 2001 y 2002, estimulando la confianza de los inversores en las empresas y la información que elaboran y comunican.

Esta Ley regula los conflictos resultantes entre empresas de auditoría externa y consultoría en los aspectos contables y de mercado de valores, tratando de evitar conflictos de intereses sobre la información financiera de una empresa. Se regulan y endurecen los procedimientos de inspección y control de los estados financieros trazando líneas nítidas y asignando responsabilidades claras a los directivos de la empresa auditada así como a los auditores externos de esta. Con estos objetivos se conceden mayores medios a la *Securities and Exchange Commission* (SEC) en su labor de análisis de cuentas corporativas y estados financieros. Se trata de documentar, controlar y comunicar mejor la situación de una empresa, que sus datos sean imagen fiel de la realidad contable de la misma o lo más aproximado posible al cierre de cada ejercicio fiscal.

Toda la regulación que puedan producir tanto la UE y las organizaciones internacionales de distintos ramos tiende más a la recomendación que a la creación de un Derecho sustantivo. Por ello los acuerdos alcanzados son orientaciones técnicas con aspiración a ser derecho internos de los Estados que las apliquen. Otra manifestación del *soft law*.

Como iremos glosando con FATCA y CRS, la técnica es idéntica: de la recomendación técnica se discute en foro internacional y se plasma en norma. Se puede afirmar con cierta razón que estas normas adolecen de legitimidad democrática pues no son discutidas en los Parlamentos entre otros factores por la extrema complejidad de las materias que contienen. En todo caso debe indicarse que en numerosas ocasiones es siempre preferible la existencia de alguna regulación a un páramo legislativo donde la crisis demostró la absoluta ausencia de las mismas y la impunidad completa de lagunas

mercados financieros como el de los valores, los *hedge funds* o las agencias de calificación y las empresas de auditoría y consultoría externa.

Son normas cuyo hábitat natural es operar en mercados globalizados bajo un criterio de pragmatismo extremo que el ciudadano medio desconoce o supone regulado democrática y tradicionalmente. La celeridad y agilidad de estos mercados, donde prima el negocio sobre la propia existencia de leyes, son otras notas características de una economía del siglo XXI y sobre la que debemos poner un foco de atención que evite otras crisis, sin que ello bloquee su funcionamiento y competitividad.

Pero además quedar al margen de los procedimientos internacionales (ya sean contra el fraude fiscal, blanqueo o la regulación de mercados) se penaliza claramente por las empresas y países participantes a las que no lo son, suponiendo el ostracismo y el riesgo de reputación como la exclusión financiera de la compañía en cuestión.

La banca de inversión y los grandes fondos de inversión internacionales son las entidades que junto a las firmas de asesoramiento legal anglosajonas realizan un mayor número de aportaciones a la nueva regulación financiera internacional hasta el punto de hablarse de un nuevo colonialismo financiero que se extiende al campo mercantil con las fusiones y adquisiciones continentales y transoceánicas.

En cierta medida podrá decirse que los Estados no han regulado o han incluso desregulado, pero analizando la naturaleza y la creatividad de las operaciones podemos afirmar que estas desbordan a un legislador incluso bien formado e informado. Son en palabras de Noam CHOMSKY²⁰⁹, los nuevos mandarines de la legalidad financiera internacional, un selecto club de restringido acceso.

Por ello proponemos y así se actúa ya en numerosos Estados, la creación de policías financieras y unidades de elite tributaria que sepan luchar con medios humanos y técnicos para afrontar los retos que esta novedosa e híper compleja regulación genera en muchos casos como trajes a la medida de cada operación en que se aplica.

Además estos cuerpos estatales especializados deben actuar bajo la premisa irrenunciable de la cooperación internacional.

²⁰⁹ CHOMSKY, N.: “Los nuevos intelectuales”, Ed. Península, 2006 y “Perspectivas sobre el poder” Ed. El Roure, 2001.

Las recomendaciones publicadas por el Comité de Basilea en 1997 así como IAIS²¹⁰ y el IOSCO²¹¹ en 1998, son el germen de una normativa que lentamente se está desarrollando a nivel internacional y donde la OCDE parece ser el interlocutor y agente más activo.

Parece legítimo que se busque la estabilidad financiera mediante un fortalecimiento de la labor de control y supervisión de estas entidades que en muchos casos tiene la calificación de auténtico coloso sistémicos por su tamaño y volumen de negocio (*to big to fail*).

Como se ha expuesto el legislador se ve desbordado cobrando por tanto una importancia capital la autorregulación de los actores financieros pese a la desconfianza que esta figura pueda suponer en nuestro país y su entorno.

Deben considerarse incluidas los códigos de conducta, las mejores prácticas profesionales (*best practices*) y por supuesto las reglas técnicas para el funcionamiento. Nos parece reseñable, a través de los múltiples ejemplos de esta investigación, destacar como los Estados incluyen y asimilan las actuaciones y producciones técnicas de las empresas financieras.

Un ejemplo claro de esta manera de asimilación es la Directiva 2004/72/CE²¹² de la Comisión sobre prácticas de mercado aceptadas y su posterior transposición a nuestro Derecho interno en la Ley del Mercado de Valores, LMV 24/1988 de 28 de julio y el Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre que aprueba el texto refundido de la LMV.

Para garantizar la transparencia de los mercados, fomentar la internacionalización de la economía y la armonización con la UE se promulgó la Ley 44/2002 de 22 de noviembre

²¹⁰ *International Association of Insurance Supervisors* o Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, que aglutina a las autoridades competentes de 140 países y desarrolla los principios básicos, estándares y guías de orientación, además de proporcionar capacitación y organizar seminarios en materia de seguros. www.iaisweb.org

²¹¹ *International Organization of Securities Commissions* u Organización Internacional de Comisiones de Valores, es la unión de reguladores de valores del mundo y los mercados de futuros, www.iosco.org.

²¹² Directiva 2004/72/CE de la Comisión de 29 de abril de 2004 a efectos de aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las prácticas de mercado aceptadas, la definición de información privilegiada para los instrumentos derivados sobre materias primas, la elaboración de listas de personas con información privilegiada, la notificación de las operaciones efectuadas por directivos y la notificación de las operaciones sospechosas.

de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Trata de proteger al inversor mediante reglas de transparencia con las operaciones de inversión en mercado de acciones (abusos de directivos).

A continuación vio la luz la Ley 26/2003 de 17 de julio que reforzaba la transparencia en las sociedades anónimas cotizadas mediante medidas como la publicación de un informe anual de gobierno corporativo y la exigencia de una web para atender el derecho de información de los accionistas y difusión de información relevante.

El informe de gobierno corporativo recoge la información completa y razonada de las estructuras y prácticas de gobierno de cada sociedad con el fin de que el mercado, los accionistas e inversores tengan una idea fiel de la sociedad. El informe contendrá al menos las operaciones de la sociedad con sus accionistas, administradores y cargos directivos, las operaciones intra-grupo, los sistemas de control de riesgo y nivel de seguimiento de recomendaciones de gobierno corporativo.

Todo lo reseñado ha de ponerse en conexión con los postulados de la OCDE, resumidos en la Nota de prensa del Ministerio de Hacienda de 27 de enero de 2016²¹³, sobre los Consejos de Administración y su responsabilidad fiscal. Esta línea establece la facultad indelegable del consejo de administración en la fijación de la estrategia fiscal de la sociedad en cuestión y su política de control de riesgos fiscales en la empresa. Esta competencia se incluye en la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo²¹⁴.

A tenor de esta novedad legislativa los consejeros tendrán la obligación de conocer y autorizar lo referente a la estrategia de la empresa relacionada con el pago de impuestos pudiendo ser corresponsables de cualquier actuación de evasión o fraude fiscal de la propia empresa.

²¹³

<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2016/S.%20E.%20HACIENDA/27-01-2016%20Nota%20firma%20acuerdo%20información%20país%20por%20país'.pdf>, (último acceso 12-9-16).

²¹⁴ Ley 31/2014 de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-12589, (último acceso 4-4-16).

En clave nacional, y dentro del ámbito del *soft law*, la citada nota de prensa contiene una mención a un código de conducta: el Código de Buenas Prácticas de las grandes empresas españolas.

Este Código aporta transparencia y seguridad jurídica entre empresas y la AEAT que tendrá a su disposición información temprana (incluso previa a la presentación del Impuesto de Sociedades) sobre la estructura de financiación y riesgos fiscales que consideren más significativos. El catálogo incluye once indicadores de buenas prácticas que la AEAT puede reclamar al consejo de administración de cada empresa en caso de incumplimiento de estos compromisos concretos del Código.²¹⁵

En nuestra opinión es al menos sorprendente que en términos contractuales una parte (las empresas financieras y bancarias) genere e imponga a otra (el consumidor parte de reglas del juego establecidas). Ciertamente es que el regulador arbitra y modula, especialmente desde 2007, en un sector no siempre todo lo transparente que debiera en una economía de mercado²¹⁶. La actual preocupación en la UE²¹⁷ sobre los *lobbies* corrobora esta idea sobre la fortaleza que algunos sectores de la industria tienen en Europa y en el mundo.

Todos estos fenómenos son expresiones de una economía decididamente global y un mundo cada vez más influido por las finanzas conectadas entre sí. Comprendiendo su

²¹⁵ Código de Buenas Prácticas Tributarias, noviembre 2015:

http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/CBPT_publicacion_web_es_es.pdf, (último acceso 26-3-16).

²¹⁶ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE COM/2014/038 final Destacamos del mismo el siguiente párrafo :

“Integridad y transparencia del sector financiero.

La necesidad de reforzar las normas de transparencia e integridad en el sector financiero se ha evocado con frecuencia a raíz de la crisis financiera....

Un informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa vincula los casos de gran corrupción a la evasión fiscal a través de sociedades extraterritoriales y paraísos fiscales. El informe se refiere a la iniciativa de recuperación de activos malversados del Banco Mundial y la UNODC que analizó 150 casos de gran corrupción llegando a la conclusión de que existe un vínculo directo entre la corrupción a gran escala de altos funcionarios públicos y la ocultación de activos malversados mediante sociedades instrumentales opacas, fundaciones y fondos de inversión. Además indica los obstáculos a la investigación y localización de los activos malversados debido a la falta de acceso a la información sobre la propiedad efectiva y al uso de complejas estructuras societarias pluri jurisdiccionales.”

²¹⁷ Informe de Transparencia Internacional de 15 abril de 2015:

http://webantigua.transparencia.org.es/estudio_lobby_europa/aspectos_destacados_lobby_europa.pdf, (último acceso 5-4-16).

génesis en los Estados Unidos en la década de 1980 (por ello no debe sorprender que las primeras medidas de corrección y revisión de este fenómeno se originen igualmente en los Estados Unidos además de su potencial económico) y la incitativa del propio sector para su regulación, esta no debe dejarse en manos exclusivas del mismo para que la equidad no sea vulnerada (sistema justo y democrático).

Asumiendo los conflictos de interés y la falta de control a los problemas de una actividad tan trascendente en nuestra vida como es la economía, los Estados y los organismos internacionales deben garantizar la calidad y los derechos de todos los ciudadanos. No todo es eficacia regulatoria. Existen unas reglas de juego que han de ser respetadas.

1.4.2.2 Ley Dodd-Frank.

Uno de los antecedentes más remotos en la lucha contra el fraude fiscal, y hasta cierto punto pilar de FATCA, podemos encontrarlo en la Ley Dodd-Frank (21 de julio de 2010)²¹⁸.

Se trata de una Ley para la reforma financiera y de protección de los consumidores. Surgida de la iniciativa conjunta del senador Dodd y el congresista Frank, esta legislación supone una ingente reforma del sector financiero y todos sus servicios al objeto de responder a la profunda crisis financiera aparecida en 2007 en los Estados Unidos²¹⁹.

Esta reforma supone una profunda reestructuración del sistema financiero norteamericano con la intención de reducir la posibilidad de que acontezcan crisis financieras y en general mitigar los efectos de estas.²²⁰

²¹⁸ Su nombre original es *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, y trata de coordinar las medidas incluidas por el Congreso estadounidense en su *Wall Street Reform and Consumer Protection Act* así como la *Restoring American Financial Stability* del Senado para evitar incertidumbres por el profundo calado de las medidas que contenían.

²¹⁹ El historiador británico Nial FERGUSON nos aporta una magnitud ilustrativa al respecto: En 1947 el valor total del sector financiero sobre el PIB de EEUU era de 2,3%, en 2005 7,7%; En Reino Unido en 2006 esa cifra se elevaba al 9,4% del PIB. FERGUSON, N.: “El triunfo del dinero”, Ed. Debate, Barcelona, 2013.

²²⁰ GONZALEZ MOTA, E. y MARQUES SEVILLANO, J.M.: “*Dodd- Frank Wall Street Reform*: un cambio profundo en el sistema financiero de Estados Unidos” Estabilidad Financiera, núm. 19, Banco de España, 2010.

Desde un punto de vista académico, JOHNSON y PAYNE²²¹ en 2010 y ACHARYA y RICHARDSON²²² en 2008, ya preconizaron la necesidad de una reforma no solo de la legislación norteamericana sino mundial para poder contener y prevenir nuevas situaciones anti cíclicas del sector financiero²²³.

En los foros internacionales se generó rápidamente la corriente de opinión para una precisa actuación y las reuniones de G20 (2009) tanto como el Consejo de Estabilidad Financiera (FSB) y el Comité de Basilea así lo atestiguan.

Trata de generar un clima de confianza en el sistema financiero después de los cataclismos y quiebras acaecidos en aquellas fechas.

Entre sus medidas más destacadas podemos mencionar:

1) Refuerzo de la protección de los inversores: transparencia y responsabilidad;

La nueva Ley introduce una nueva Agencia: *Consumer Financial Protection Agency* para velar por la protección del inversor. Estará dotada de facultades para emitir normas, hacer cumplir la legislación sobre productos y personas afectando incluso a compañías financieras no bancarias y con el objetivo de respuesta rápida cuando se detecten malas prácticas que induzcan a engaño de los inversores. Se propone un lenguaje claro y conciso en los productos a consumidores.

Para lograr su objetivo impulsa la creación de un programa de denuncias con recompensas de hasta un 30% de los fondos recuperados, cuya gestión se encomienda a la SEC. Se establece un defensor del cliente (Ombudsman) para atender las reclamaciones así como “*Office of Investor Advocate*” en la SEC para señalar áreas de problemas críticos de los inversores.

2) Refuerzo de la supervisión y regulación de las compañías financieras: riesgo sistémico;

²²¹ JOHNSON, E., y E. PAYNE (eds.): “*Make the Markets be Markets*”, Roosevelt Institute, 2010.

²²² ACHARYA, V., y RICHARDSON, M (eds.): “*Restoring Financial Stability: How to Repair a Failed System*”, New York University, Stern School of Business, 2008.

²²³ Reforma que no puede ser completa ni efectiva sin un cambio de mentalidad en todos los operadores económicos y ciudadanos y empresas. Aunque abordaremos el asunto en el capítulo IV de esta tesis pueden consultarse sobre unos necesarios planteamientos éticos, en nuestro país, las obras de Adela CORTINA y Domingo GARCÍA-MARZÁ. Op.cit capítulo IV.

La Ley Dodd-Frank crea el *Financial Stability Oversight Council* o Consejo de Supervisión de Estabilidad Financiera para localizar y responder a riesgos emergentes en todo el sistema financiero asesorando a la Reserva Federal sobre entidades cuya quiebra pueda suponer amenaza de estabilidad financiera a causa de tamaño, nivel de endeudamiento e interconexión. Así mismo se pone en marcha el *Office of Financial Research*, cuyo personal formado por expertos altamente especializados, apoya el trabajo del Consejo recopilando datos financieros y llevando a cabo análisis económicos.

3) Supervisión global de mercados financieros: titulización, derivados y agencias de calificación crediticia.

Esta Ley tiene por objeto que los mercados sean fuertes y puedan soportar la quiebra de entidades de gran tamaño²²⁴.

Las compañías que vendan activos titulizados (p. ej. hipotecas) deberán retener un porcentaje de riesgo de crédito y facilitar información sobre los activos subyacentes y analizar sus cualidades. La SEC continuara sus esfuerzos hacia la estandarización y un mayor nivel de información por parte de los emisores.

Sobre derivados, la SEC y la *Commodity Futures Trade Commission (CFTC)* tendrán autoridad para regular derivados OTC (*over the counter*), armonizar la regulación de los futuros, aumentar la supervisión, aprobar con carácter previo los contratos que serán admitidos a liquidar en cámaras e imponer sanciones, entre otras medidas. Se redactara un código de conducta para negociadores y participantes en los mercados de swaps²²⁵.

En materia de Agencias de Calificación Crediticia se crea la *Office of Credit Ratings* dentro de la SEC para multar a las agencias buscándose un fortalecimiento que evite los conflictos de intereses que afecten a estas Agencias y sus empleados.

²²⁴ Con cierta fortuna existe un aforismo anglosajón que resume la situación creada por los grandes bancos de inversión: del *too big to fail* al *too big to jail* dando a entender que la magnitud de ciertas entidades sistémicas las hace difícilmente vulnerables a la regulación y la supervisión bancaria, creando un verdadero problema económico y social de escala global.

²²⁵ El *swap* o permuta financiera es un contrato en virtud del cual las partes se intercambian corrientes de dinero bajo determinadas condiciones de interés y devolución. Entre otras modalidades citamos el swap de divisas (*currency swap*) y el swap de tipos de interés. Guía Financiera Edufinet, 5ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2014.

Examinará a las *Nationally Recognized Statical Ratings Organizations (NRSRO)* y publicará un informe anual al respecto.

Se fortalecerá la integridad del proceso de calificación (difundiendo las metodologías, y la diligencia debida (*due diligence*) de terceras partes y los registros existentes de calificaciones. Además los inversores podrán ejercitar acciones de responsabilidad frente a las agencias por fallos deliberados o negligentes en la realización de su actividad. La sanción de mayor gravedad que puede imponer la SEC es la exclusión del registro a una agencia que este emitiendo calificaciones fallidas.

- 4) Otras herramientas anticrisis financiera: No más “*Too Big to fail*” y el Gobierno Corporativo;

El fin del “demasiado grande para caer”: en caso de que una institución financiera de gran tamaño incumpla sus obligaciones, los reguladores decidirán su cierre y liquidación de forma ordenada y segura, evitando riesgos para el sistema y poniendo en peligro las finanzas públicas del Estado.

Para que esto no ocurra se establecerán requisitos más exigentes de capital y nivel de endeudamiento (las normas de Basilea y su adaptación en la UE son buena prueba de ello).

Se extiende la regla VOLCKER²²⁶ que será aplicable igualmente para instituciones financieras no bancarias.

Esta regla determina restricciones en la negociación de acciones propias, en inversiones en *hedge funds* o instrumentos de *private equity* que no sean los más beneficiosos para el cliente).

Sobre Gobierno Corporativo las ideas se articulan sobre dos grandes esferas: mayor responsabilidad y mayor transparencia sobre la remuneración de los directivos. Siguiendo este planteamiento se concede a los accionistas voz ay voto (no vinculante) sobre la remuneración y blindaje de contratos de directivos.

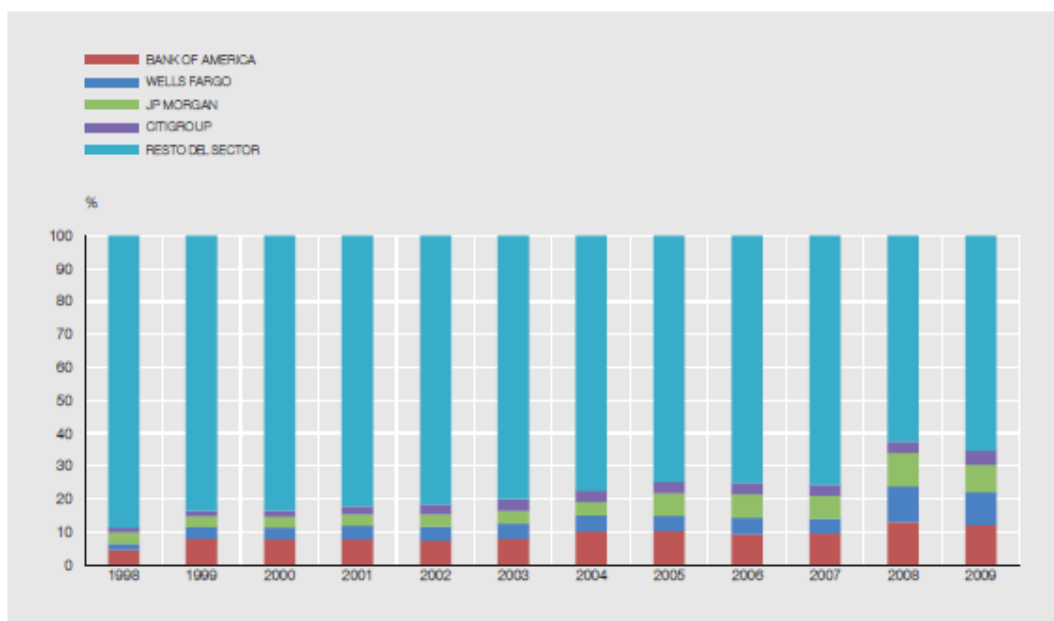
²²⁶ Paul VOLCKER fue director de la Reserva Federal de los Estados Unidos (FED) desde 1.979 a 1.987 abarcando las presidencias de Jimmy Carter y Ronald Reagan. El presidente Obama lo designó director entre 2009 a 2011 del Consejo para la Reconstrucción Económica (*President,s Economic Recovery Advisory Board*)

En aquellas sociedades anónimas donde la remuneración esté vinculada a los estados financieros y estos sean inexactos²²⁷ por incumplimiento de los estándares, se establecen mecanismos para la devolución de estas remuneraciones. La SEC garantizará a los accionistas el acceso a través de un delegado a la designación de directores. Los estándares para cotizar en el mercado requerirán que los comités de remuneración incluyan solamente directores independientes y con autoridad para contratar consultores externos que refuercen su independencia de los ejecutivos cuya remuneración se está evaluando.

- 5) El último gran bloque es el relacionado con un aumento de los estándares regulatorios internacionales y la mejora de la cooperación internacional.

La Ley Dodd-Frank se marca el objetivo de reforzar el marco internacional, mejorar la supervisión global de los mercados financieros, aumentar la supervisión de firmas financieras internacionales para prevenir la crisis y su gestión. Se realza el papel del *Financial Stability Board (FSB)*, se impulsan normas de supervisión prudencial incluyendo mejores prácticas remuneratorias y de manera destacada se promueven nuevos impuestos, áreas de intercambio de información (de las que FATCA y CRS son paradigmas), contabilidad y revisión de agencias calificadoras de crédito.

²²⁷ ENRON fue una compañía energética multinacional (gasoductos y plantas de energía en cuarenta países) norteamericana fundada en 1.985 por Kenneth Lay. En 2.001, con más de 20.000 trabajadores y una fuerte expansión y diversificación en campos como seguros y comunicaciones, protagonizó el mayor fraude contable empresarial de la historia norteamericana. Avalados por la empresa auditora Arthur Andersen se pusieron de manifiesto técnicas contables fraudulentas además de sobornos en la obtención de contratos. La empresa entro en bancarrota en diciembre de 2.001. La mejor descripción de los procedimientos de ENRON la escriben Bethany Mclean y Peter Elkind en “*The smartest guys in the room: the amazing rise and scandalous fall of Enron*”, Ed. Portfolio Trade, New York, 2003.



FUENTES: Sni y FDIC.

1.5. Conclusiones.

1. El fenómeno del fraude fiscal no es nuevo. Ha existido siempre, desde que existen los Estados. Sin embargo, a lo largo del siglo XX con el advenimiento de y generalización de las democracias contemporáneas, se percibe una preocupación académica y técnica por el mismo. El fraude es una faceta de la fiscalidad que ha de ser estudiado y combatido en un contexto cada día más globalizado e internacional.

La generación de rentas en multiplicidad de jurisdicciones puede generar problemas de doble imposición al estar el contribuyente sujeto tanto al Estado de la fuente como de su residencia.

2. La magnitud del mismo, según varios estudios y fuentes diversas, exige un tratamiento riguroso para su control y reducción.
3. El fraude fiscal, en sus diferentes manifestaciones, socava los cimientos de un sistema tributario justo y democrático pervirtiendo la economía de mercado. Razones de justicia tributaria, seguridad jurídica y eliminación de distorsiones

fiscales internacionales recomiendan las reformas del sistema financiero internacional.

4. La evasión fiscal es una manifestación del fraude fiscal donde el evasor no paga impuestos realizando una conducta inmoral insolidaria y anti jurídica; por su parte en la elusión se realizan comportamientos para evitar el pago de impuestos exprimiendo los límites de la legalidad y realizando una interpretación contra el espíritu de la Ley (se aprovechan los vacíos legales para conseguir un ahorro). Durante décadas la evasión y elusión fiscales apenas fueron perseguidas; en cualquier caso las actuaciones tendentes a minorar o frenar estos comportamientos eran infrecuentes e ineficaces.
5. La cambiante definición de “paraíso fiscal” y la información escasa y compleja para establecer cifras que arrojen luz sobre su impacto en la economía no difuminan la importancia que tal concepto tiene en nuestro ámbito de estudio. La necesidad de un consenso a la hora de definir el fenómeno así como el establecimiento de criterios y medidas para su combate resultan determinantes para alcanzar una necesaria transparencia. La desaparición del secreto bancario marca un síntoma y la manifestación de iniciativas legales de marcado carácter internacional muestran el camino en esta denodada lucha sin tregua. La falta de transparencia o ausencia de intercambio efectivo de información no era a finales de los noventa y principios 2000 un criterio básico para calificar un territorio como paraíso fiscal (cooperativo) siéndolo principalmente la baja o nula tributación. El cambio de postura de EEUU apoyando esta nueva orientación será crucial para que la propia OCDE encauce sus trabajos en tal sentido potenciando el intercambio de información.
6. Respecto a los mecanismos de intercambio de información podemos diferenciar dos opciones: de una parte, acuerdos de intercambio de información basados en el Convenio Modelo de la OCDE de 2002, y de otra, aquellos que hunden sus raíces en la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de 1988 (en vigor por Protocolo de 2012) desarrollado por la OCDE y el Consejo de Europa; su enfoque es multilateral lo que, al enfrentarnos a cuestiones transfronterizas, proporciona ventajas evidentes.

7. La explosión de la crisis económica y financiera desatada en 2007 supuso un punto de inflexión en el tratamiento del fenómeno del fraude fiscal en todas sus vertientes. Surge un nuevo escenario en el cual gobiernos, organizaciones internacionales y ciudadanos actúan concienciados sobre la necesidad de actuar conjuntamente y transfronterizamente. La cooperación se atisba como solución eficaz y global a un problema global. Se percibe un aluvión de iniciativas legislativas como arranque decidido de una solución ya en curso. Nunca tantos hicieron tanto en tan poco tiempo (avalancha regulatoria).
8. En 2009 la cumbre del G20 celebrada en Londres decretó el fin del secreto bancario como punto de partida y palanca para una nueva regulación que ha venido a cambiar el panorama legislativo por primera vez activo, decidido y unánime en su lucha contra la lacra del fraude englobado dentro de la corrupción internacional. La acción política determina la agenda y el calendario legal.
9. En este entorno globalizado los países abogan por la Cooperación Internacional como medio o camino en esa lucha. La conciencia de hallarnos ante un fenómeno cada día más transfronterizo se traduce en la aparición de Acuerdos y leyes así como fuentes como el *soft law* (reforzado) que alumbran nuevos modelos. En este marco sobresalen las Organizaciones Internacionales como sujetos activos propiciadores de un nuevo marco regulador realizando propuestas y adoptando decisiones en esta línea. Así en 2009, dentro del ámbito de la OCDE, se reestructuró y expandió el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en materia fiscal que trataba de implantar un estándar común al respecto. En 2010 se reformó la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal con incidencia concreta en el acceso a la información bancaria.
10. La presión fiscal y la estructura impositiva son elementos constituyentes de una economía de mercado y determinan patrones de crecimiento diferencial a largo plazo. Dentro de los esfuerzos regulatorios destaca el intercambio automático de información tributaria. Dos modelos y dos enfoques destacan sobre el resto: el norteamericano gravando las rentas mundiales (significativamente sus empresas) y el europeo occidental gravando la residencia. Cualquier aproximación a la

comprensión de los fenómenos de la evasión y la elusión fiscal parte de esta diferencia técnica.

11. Hemos analizado a lo largo del capítulo como todo modelo tendente a esta finalidad conlleva un cambio de escenario y mentalidad para los actores políticos, económicos y jurídicos. Se alumbran, pues, nuevos deberes al tiempo que nuevos derechos.
12. Como hemos demostrado, hasta comienzos de la segunda década de 2000 los estudios y consideraciones sobre el fraude y la evasión fiscal son anticuados y no reflejan correctamente la auténtica dimensión del problema. O bien analizan el fenómeno desde el prisma estatal o no reconocen la transversalidad del mismo y su innegable dimensión internacional. Otros estudios se centran en aportar cifras cuando en nuestra opinión lo relevante es comprender todos los matices y factores que contribuyen al problema para después poder atajarlo y disminuirlo. Olvidar el secreto bancario y desaprovechar el bagaje que la legislación anti blanqueo de capitales aportan son errores notables. Sin embargo, por su elevada aspiración y su amplio enfoque, las iniciativas que protagonizan este capítulo y buena parte de nuestro trabajo, están llamadas a liderar una revolución silente no solo en la fiscalidad internacional sino en el mundo de la cooperación internacional y del Derecho Internacional Público.
13. Las Instituciones Financieras (IF) con sus normas de diligencia debida deberán obtener y recopilar datos de sus clientes para que estos sean posteriormente intercambiados entre Autoridades Tributarias Competentes firmantes de los Acuerdos internacionales correspondientes. Por lo tanto, dos nuevos actores adquieren relevancia: las Instituciones Financieras y los ciudadanos (clientes) de esas IF. Se redefinen estas relaciones y los derechos fundamentales a los que atañen y conciernen.
14. Toda iniciativa lucha contra las bases tradicionales del fraude fiscal internacional: el secreto bancario, los paraísos fiscales y el blanqueo de capitales. Nuestros estudios demuestran la interrelación entre los mismos y la necesidad de actuar conjuntamente contra ellos al tiempo que sellar las grietas del sistema.

15. Toda actuación eficaz debe plantearse en un doble plano el de las personas físicas y el de las personas jurídicas o entidades. El campo de batalla se centrará a corto plazo en el fraude fiscal de carácter societario, siempre más difícil de aprehender y paliar.
16. El criterio de residencia se impone para el análisis y cumplimiento de las obligaciones tributarias del ciudadano. El conocimiento del número de identificación fiscal internacional conocido como TIN se extiende a todos los países firmantes de estos Acuerdos. Será preciso introducir nuevas Declaraciones de Residencia Fiscal y adaptar informáticamente los procesos de conocimiento y contratación de clientes. Las semejanzas y divergencias entre Prevención de Blanqueo de Capitales (PBC) y FATCA y CRS son un punto de partida.
17. El conocimiento del Titular real es determinante para evitar la ocultación bajo el velo societario.
18. Las evidentes relaciones entre evasión fiscal, planificación fiscal abusiva y el Blanqueo de Capitales se plasman en la COM (2016) 452 final de 5-7-16, que propone reformar la Directiva 2011/16 EU (germen de la Directiva 2014/107). Este documento, entre otros, trata estas figuras como caras de una misma moneda: el fraude fiscal y propone la “Norma Internacional” como medio de intercambio automático de información sobre cuentas financieras. A su vez conecta todo esto con la titularidad real en las personas jurídicas y señala las pautas comunes entre blanqueo, evasión fiscal y financiación ilícita.

La UE presta atención especial a la equidad fiscal de las empresas. Las lagunas jurídicas entre sistemas fiscales de distintos países hacen posible que algunas empresas reduzcan al mínimo sus impuestos mediante la planificación fiscal abusiva. Para evitar estas prácticas se debe actuar coordinadamente y usando el intercambio de datos.

En esta línea las autoridades comunitarias exigen a las instituciones financieras que la estructura de intermediación que supone una Entidad No Financiera Pasiva (ENFP) sea examinada y se identifique a las personas que ejercen el control (llamada titularidad real en terminología propia del Blanqueo de Capitales) y se notifique a la Autoridad Tributaria.

La relación entre la información de Prevención de Blanqueo de Capitales y la cooperación administrativa es igualmente patente y necesaria.

Una legislación eficaz sobre PBC debe centrar su foco no sobre los métodos de recaudación de fondos sino sobre los métodos de transferencia de esos fondos y la correcta identificación de los destinatarios finales de los mismos.

La cooperación administrativa plantea además la ventaja de inmiscuirse en menor medida en la soberanía tributaria estatal, sin que por ello olvidemos el impulso político a la misma como auténtico resorte del cambio.

CAPÍTULO II. MARCO LEGAL DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL.

2.1 Introducción.

Analizados en el capítulo I los factores que propician e inciden en el fraude fiscal con relevancia internacional, en este capítulo pretendemos mostrar en profundidad los mecanismos que el Derecho Internacional Público tiene para luchar contra el mismo.

Dentro del marco de la cooperación tributaria internacional pueden encontrarse diversos mecanismos con diferentes grados de relación respecto de la capacidad tributaria de los Estados.

Tradicionalmente los Estados han manifestado su autoridad territorial a través, entre otros, del derecho a obligar al pago de impuestos en su territorio. Hoy la globalización y la magnitud del fraude y la evasión fiscal requieren que, sin ceder esa soberanía, los Estados colaboren activamente en esta lucha que erosiona su sistema tributario, y por ende legal, implantando un nuevo régimen internacional para el intercambio de información tributaria. Incluso, señala FERGUSON, que en un plano ético los impuestos directos sobre los contribuyentes son asociados positivamente con el crecimiento de las instituciones representativas, es decir, potencian el juego democrático al estimular el debate sobre el mismo, haciendo sentirse partícipes a sus protagonistas que realmente “financian” el sistema²²⁸.

En términos evolutivos, FATCA y CRS no son un resultado, sino el conjunto de poner en marcha una serie de procedimientos. No se trata de una sucesión de procedimientos tecnológicos o administrativos sino jurídicos, y así debe analizarse su enfoque normativo, y las dudas suscitadas en su implantación.

A lo largo del capítulo veremos cómo el Intercambio de Información Tributaria ha existido desde finales del siglo XX, pero ha experimentado un avance extraordinario en los últimos diez años. Se ha creado un nuevo escenario de cooperación internacional en el ámbito del intercambio de información tributaria.

²²⁸ FERGUSON, N: “*The cash nexus, money and the power in the modern world, 1700-2001*”, Penguin, 2002.

El intercambio de información tributaria atañe a información específica del contribuyente o información general sobre los impuestos. Ese intercambio se puede canalizar bien por un acuerdo bilateral entre jurisdicciones (p.ej. un CDI o un *Tax Information Exchange Agreement*, TIEA) que contenga una disposición que autorice el intercambio, bien por otro tipo de acuerdo (multilateral).

Todo intercambio debe contar con tres elementos fundamentales, en opinión de la profesora Ring²²⁹:

- Marco general de derechos y obligaciones de los firmantes;
- Infraestructura nacional para el intercambio (legal, técnica, administrativa etc.);
- Cumplimiento de la aplicación del Acuerdo.

Sea cual sea el tipo de intercambio elegido, el secreto bancario no será (o no debería ser) obstáculo para el flujo de información entre los Estados firmantes.

En todo caso se pretende promover un intercambio robusto y activo de información.

La confidencialidad, como veremos a lo largo del capítulo III, constituye una de las preocupaciones sobre estos acuerdos y del uso de la información que generan.

Se ha manifestado, con acierto, la proverbial imprecisión terminológica que atañe al intercambio de información tributaria²³⁰. Esta notoria imprecisión adquiere mayor relevancia cuando el intercambio, o más bien la falta del mismo, llega a ser un rasgo definitorio de los paraísos fiscales y regímenes fiscales perniciosos o perjudiciales.

El intercambio, en su variedad automática, es el elegido internacionalmente como versión de referencia. Dentro de ese automatismo destacan FATCA y CRS como modelos a seguir con sus distintas especialidades respectivamente.

En términos cuantitativos nos referimos a Estados Unidos de Norteamérica y a la OCDE como un conjunto que aglutina el 80% de la riqueza y los activos mundiales, y en cuyo

²²⁹ RING, D.M: “Intercambio de información” New York, NY United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries, 2013, disponible en: http://works.bepress.com/diane_ring/83/, (ultimo acceso 19-5-17).

²³⁰ MERINO ESPINOSA, M.P. y NOCETE CORREA, F.J.: “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses”, Crónica Tributaria Núm. 139/2011, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2011.

ámbito espacial se genera el 59% del producto interior bruto del planeta, según informes de la OCDE²³¹. Por lo tanto, conocer y atajar los problemas de fraude fiscal en estos territorios implica actuar positivamente y eficazmente en el sistema tributario y financiero global.

Siguiendo a CRUZ AMORÓS²³² el problema de la información interna se convierte en problema de intercambio de información en tanto que el fraude fiscal no se mantiene estático en las fronteras internas de un Estado, sino que tiende a apoyarse en dificultades de obtención de información que resultan de la limitación territorial del poder tributario, así como en las facilidades de ocultación que proporcionan algunos países y territorios, principalmente por el mantenimiento (hasta su día) del secreto bancario, o, sencillamente, en la negativa a proporcionar información sobre bienes y activos financieros (y en posterior instancia evolutiva, los no financieros) situados en dichos territorios²³³.

Completando este razonamiento podemos acudir a BUSTAMANTE ESQUIVAS²³⁴ cuando asegura que las Administraciones Tributarias modernas precisan, más que nunca, disponer de información fiable y actualizada que les permita verificar si los obligados cumplen sus obligaciones tributarias, pero en esa tarea es hoy imposible obviar el factor internacional y la colaboración (asistencia mutua) de otras Administraciones Tributarias ante una tributación cada días más transfronteriza.

Como bien ha señalado TANZI²³⁵, la evasión de impuestos y la elusión fiscal se están convirtiendo en fenómenos cada vez más globales, siendo antes de ámbito

²³¹ Una visión global del enfoque actualizado de esta organización, sus propósitos y sus miembros puede consultarse en <http://www.oecd.org/about/members-and-partners/> (último acceso 22-7-19).

²³² CRUZ AMORÓS, M: “El intercambio de información y el fraude fiscal”, Información Comercial Española núm. 825, 2005.

²³³ Aunque volveremos sobre el alcance de las normativas que originan este trabajo, no debe perderse de vista que desde el inicio se tratan regulaciones para ser aplicadas por instituciones financieras (bancos fundamentalmente) y que será de manera posterior cuando los legisladores y reguladores comprendan la conveniencia y oportunidad de analizar otras informaciones y activos “no bancarios” para completar la nueva estrategia de lucha contra la evasión y elusión fiscal.

²³⁴ BUSTAMANTE ESQUIVAS, M.D.: “Intercambio de Información Internacional” en Manual de Fiscalidad Internacional Tomo XXX, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

²³⁵ TANZI, V.: “Sistemas Fiscales en la OCDE: Evolución reciente, competencia y convergencia” en Papeles de Economía Española, núm. 125/126 de 2010, Fundación de Estudios de las Cajas de Ahorros (FUNCAS).

esencialmente nacional. Suelen estar relacionados, como hemos visto, con el secreto bancario y con tratamientos regulatorios especiales (y favorables) para los no residentes (tanto personas físicas como jurídicas). La dependencia del principio de residencia sin intercambio efectivo de información conduce (y se demuestra diariamente) a la elusión fiscal de grandes proporciones. La tributación basada en la fuente, la potenciación de los sistemas de intercambio, así como la claridad tributaria como criterio perteneciente al bien público, son determinantes para crear un nuevo espacio en el marco de la cooperación internacional. El papel de las Organizaciones Internacionales en este campo es absolutamente decisivo²³⁶. Así una de las menciones de mayor antigüedad y nitidez que puede encontrarse reclamando un enfoque de cooperación multilateral data de 2003 y la firmaron los norteamericanos Michael GRAETZ e Itai GRINBERG²³⁷. A nuestro juicio acertadas y proféticas palabras que después, lamentablemente, el Gobierno estadounidense no ha secundado²³⁸.

Por otra parte se ha señalado, a nuestro juicio muy certeramente, por MARTÍNEZ GINER²³⁹ que el incremento de la globalización de las actividades económicas implica cada día un número mayor de transacciones e inversiones entre operadores interestatales propiciando así que los esquemas de evasión no sean ya privativos de grandes fortunas y corporaciones, sino accesibles a todos los ciudadanos.

Dentro del ámbito internacional tributario tienen especial relevancia por una parte los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI), ya que ayudan a promover la inversión exterior, confirmando seguridad jurídica a los inversores y reducen la fiscalidad de dichas inversiones. Por otra parte, también los Acuerdos de Intercambio de

²³⁶ GRAETZ, M.J. and GRINBERG, I.: “*Taxing Foreign Portfolio Investment Income*”, 56, *Tax Law Review*, 2003, pp.538,579-85.

²³⁷ GRAETZ, M.J. and GRINBERG, I.: op.cit. nota 217: “*multilateral coordination has become necessary to achieve the effective international information exchanges required for residence-based taxation of foreign portfolio income*” and that “*the threat of coordinated multilateral defensive measures may coerce tax havens into entering into information exchange agreements with OECD countries*”.

²³⁸ En tal sentido téngase en cuenta, en el ámbito de la OCDE, los trabajos siguientes: a) Art. 26 MC OCDE, b) Convenio conjunto con el Consejo de Europa, c) Modelo de Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria (2002) y d) Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios; todos ellos han sido analizados en el capítulo I de esta tesis.

²³⁹ MARTÍNEZ GINER, L.A.: “Lucha contra el fraude fiscal, buena gobernanza e intercambio de información en la UE”, en *Intercambio de Información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Director García Prats, F.A., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

Información (AII) entre las Administraciones fiscales de los Estados son elementos clave para prevenir el fraude y la evasión fiscal.

El conjunto de la normativa aplicable a los no residentes (que ya hemos estudiado en el capítulo I) constituye otro pilar en la lucha contra el fraude fiscal.

De entre las distintas iniciativas y enfoques (bilateral y multilateral) daremos especial importancia a FATCA y CRS, ya que sostenemos que son paradigmas en este campo.

Como se ha indicado el inicio de la crisis económica y financiera en 2007-2008 marca un periodo convulso en la fiscalidad internacional, donde se hace preciso dar una respuesta global a un problema sistémico. Se crean nuevas herramientas en la lucha contra la evasión fiscal, sin olvidar que algunas legislaciones tienen su fuente en actuaciones anteriores olvidadas o no desarrolladas por completo que, ahora por razones de política estatal, interesa actualizar y activar.

Nuevamente constataremos el impulso de los Estados, ahora impelidos por la crisis y la opinión pública interna, empeñados en demostrar que se lucha activamente contra el fenómeno del fraude tributario. Pero pronto advertimos que una actuación eficaz pasa por medidas de cooperación internacional de ámbito multilateral, donde el papel de los organismos internacionales (especialmente la OCDE con notables impulsos del G20 en las cumbres de 2009 y 2014) es determinante.

Conocer en profundidad los antecedentes y obligaciones legales que estas legislaciones internacionales imponen a las instituciones financieras es el objetivo de este capítulo, trasladando al siguiente las consecuencias del mismo para particulares y empresas.

El intercambio internacional de información tributaria es el único camino viable y sostenible para luchar contra el fraude fiscal internacional en cualquier vertiente. Las frecuentes revelaciones de escándalos financieros tienen su origen en las informaciones proporcionadas por el intercambio de datos que aún se halla en sus primeros pasos.

La estandarización y el automatismo son las notas características de los modernos sistemas de intercambio que alientan un combate sin camino de retorno. El ámbito de actuación de los defraudadores es cada día más estrecho.

La reunión del Foro de la OCDE sobre Administración Tributaria (FTA) en septiembre de 2010²⁴⁰ ya menciona la intención de los países participantes de intensificar la cooperación internacional para mejorar el cumplimiento fiscal y crear un marco regulador que aporte confianza a empresas y particulares.

Con tal fin se fomentarán estrategias de mejora del cumplimiento y de servicios al contribuyente centrándose en:

- Cumplimiento extraterritorial²⁴¹ sobre el cumplimiento fiscal en el extranjero;
- Reducción de carga administrativa para empresas y particulares con potenciación de avances electrónicos en sus relaciones con las Administraciones tributarias;
- Trabajar con bancos para la mejora del cumplimiento de las obligaciones fiscales en una doble faceta: paliando las pérdidas causadas por la crisis financiera, y diseñando un marco de conducta voluntario para la mejora de ese cumplimiento fiscal, con mayor transparencia entre entidades financieras y Administraciones tributarias.

Conscientes de la pérdida de rentas debidas a disposiciones extraterritoriales, dos son las opciones para paliar estas deficiencias:

- a) Adoptar una norma internacional convencional sobre intercambio de información bien, mediante convenios bilaterales o bien mediante acuerdos específicos de intercambio de información fiscal.
- b) El conocido Convenio sobre Asistencia Mutua Administrativa en materia Tributaria.

El Comunicado, emitido por el Foro de la OCDE, reconoce el importante papel desempeñado por los bancos como intermediarios así como el trabajo de la iniciativa *Treaty Relief and Compliance Enhancement* (TRACE) y la UE.

²⁴⁰ Sitio web del Foro de la OCDE sobre Administración Tributaria: <https://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/>, Estambul 16-9-10, (último acceso 6-5-16).

²⁴¹ Se alude al cumplimiento tributario fuera de las fronteras previsto en la norma *ab initio* frente al contenido regulado en los Convenios para actuar sobre aspectos fiscales de los nacionales en el extranjero.

La propuesta de los países participantes en este FTA propone ir más allá de la cooperación, gestionando coordinadamente riesgos fiscales mediante auditorías conjuntas (esta se produce cuando dos o más países se reúnen para formar un único equipo auditor con la intención de estudiar un tema o transacción de una o más entidades o personas sujetas a impuestos). Se plantea por tanto una acción coordinada interestatal. Las auditorías evalúan a los países con el objetivo de reducir las cargas administrativas de los contribuyentes.

Otras actuaciones se prevén con los bancos. Su posición relevante como canalizadores de movimientos de capital los sitúa en óptima posición para colaborar en la reducción de riesgos y mejorar la cooperación tributaria internacional, especialmente entre entes reguladores, organismos tributarios nacionales y otros bancos. Se solicita a las entidades financieras que no utilicen ni promuevan la planificación fiscal agresiva. El establecimiento de un código de conducta voluntario entre los bancos y organismos tributarios crea un marco de transparencia y confianza para un diálogo constructivo bidireccional.

De forma novedosa se ha creado en este Foro una red de expertos internacionales para compartir conocimientos sobre el cumplimiento de personas adineradas con altas inversiones. Esta red, abierta a toda participación, divulga información sobre las tendencias de estos individuos y los riesgos fiscales que puedan entrañar.

Así mismo resultan, hasta cierto punto, innovadoras las relaciones entabladas entre el FTA y los responsables tributarios de empresas de contabilidad globales. Se potenciarán las relaciones triangulares entre contribuyentes, organismos tributarios e intermediarios fiscales con especial acento en la colaboración con los particulares para facilitarles e incentivarles en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Estas actuaciones se extenderán al campo de las PYMES.

La promoción del buen gobierno de las empresas en materia tributaria es uno de los puntos destacados del documento citado.

En este sentido, las juntas directivas de las instituciones financieras deben ser conscientes de los riesgos reputacionales y financieros asociados al no cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la planificación fiscal agresiva. Para evitar esta

situación deben establecerse controles para evaluar dichos riesgos. En estos trabajos participan empresas privadas así como otras tecnológicas y bancarias.

El aumento de la confianza pública en la imparcialidad de la Administración Tributaria es otro objetivo esencial del trabajo del Foro. La integridad, la franqueza y la excelencia deben ser bandera del Foro y las instituciones que en él colaboran. La formación constante de su personal es clave para un desempeño de tareas exitoso como también lo es el intercambio de experiencias entre las diversas administraciones tributarias. Ello puede permitir el desarrollo de enfoques innovadores en cuestiones de cumplimiento fiscal.

En octubre de 2015, el 8º Foro Global sobre Transparencia Fiscal²⁴² impulsó la cooperación internacional contra la evasión de impuestos. Este foro, también auspiciado por la OCDE, optó por el intercambio automático de información para enviar una firme señal de advertencia a los evasores de impuestos. El proceso arrancó con setenta y cuatro signatarios; en 2016, noventa y seis países del Foro se comprometieron a intercambiar información automática desde 2017 y 2018 lo que redundará en una sustancial mejora de la transparencia fiscal. Esta reunión ha sido calificada por algunos países participantes como el inicio de una nueva era del intercambio automático de información.

La información financiera comenzó a recopilarse desde el 1 de enero de 2016, lo que implica la modificación de la legislación interna para garantizar que las instituciones financieras faciliten la información sobre los activos financieros propiedad de los no residentes.

El compromiso del Foro incluye prestar apoyo a países en desarrollo, en colaboración con el Banco Mundial y otras organizaciones internacionales, de forma que aprovechen los beneficios que ofrece la introducción del intercambio automático. Este enfoque nos resulta sumamente interesante pues incentiva tanto a las Administraciones como a los ciudadanos, cuyos datos van a ser intercambiados, propiciando un espíritu de colaboración fiscal eficaz.

²⁴² Sitio web del Foro Global: www.oecd.org/tax/transparency , (último acceso 6-5-16).

Las revisiones o auditorías entre pares (dos países) se desarrollan actualmente como muestra de los cambios realizados en cada jurisdicción a partir de las recomendaciones del Foro Global. En total se han producido doscientas quince revisiones entre pares y se han asignado calificaciones de conformidad a ochenta y cinco jurisdicciones. El Foro acuerda esforzarse en una mayor colaboración con los países africanos (con menor tradición y base jurídica al respecto) para fomentar el perfeccionismo de la fiscalidad transfronteriza mediante el uso efectivo del intercambio de información en su versión automática o previa petición.

2.2 Instrumentos Normativos Internacionales contra el Fraude Fiscal.

La fuente más significativa del Derecho Internacional es el Tratado y dentro de estos, en materia fiscal, destacan los Convenios de Doble Imposición (CDI) y los de Asistencia Administrativa (CAA).

En el Derecho internacional público, siguiendo a RODRÍGUEZ CARRIÓN²⁴³, las reglas jurídicas que obligan a los Estados, proceden de la voluntad de estos, manifestada a través de convenios o costumbres generalmente aceptadas, es decir, que el consentimiento de los Estados determina el sistema de fuentes materiales del Derecho internacional. De tal suerte, el art. 38.1²⁴⁴ del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cita además de convenios y costumbres, los principios generales del Derecho Internacional y la jurisprudencia y doctrina más destacada.

Es evidente que los Tratados se han convertido durante el siglo pasado en la mayor fuente de creación jurídica, aspecto acrecentado desde la progresiva multilateralización de los mismos, especialmente al permitir la aplicación de la regla de la mayoría y las reservas mediante las cuales un Estado puede excluir la aplicación de una disposición no satisfactoria para sus intereses.

²⁴³ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: “Lecciones de Derecho Internacional Público”, Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2006, pp. 170 a 205.

²⁴⁴ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: Art. 38.1

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”

De la prestación del consentimiento estatal se ocupa el art. 94 CE²⁴⁵.

El momento crucial es la manifestación de ese consentimiento del Estado y según el art 97 de la CE corresponde al Gobierno la dirección de la política interior y exterior del Estado.

Por su parte el texto de referencia internacional en materia de todo tipo de convenios, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su art. 24²⁴⁶ recoge que un tratado entrará en vigor en la manera y fecha en que el mismo establezca.

Debemos recordar que en Derecho Internacional no existen jerarquías entre los diversos tipos normativos internacionales a semejanza interna con normas del mismo rango si bien cabe diferenciar entre normas imperativas y normas dispositivas.

Dentro de los aspectos formales puede destacarse que el depósito y registro de los Tratados se efectúa por el canje de firmas y ratificación.

En nuestra opinión, el aspecto más arduo y a la vez decisivo, es la interpretación jurídica que se realice de las normas internacionales. Legislador, tribunales y doctrina podrán ser fuente de interpretación. Según el art. 31.1²⁴⁷ de la Convención de Viena

²⁴⁵ Constitución Española de 1978: Art. 94

“1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.”

²⁴⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969):

Art. 24 Entrada en vigor

“1. Un Tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

2. A falta de tal disposición o acuerdo, el Tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el Tratado.

3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado se haga constar en una fecha posterior a la entrada en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha a menos que el Tratado disponga otra cosa.”

²⁴⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969):

buena fe, tenor literal y apreciación de la totalidad y finalidad del tratado son los principios esenciales para tal labor.

En general, se deberá estar a las normas al respecto atendiendo siempre a las definiciones del propio convenio si están incluidas en el mismo. Si el término no figura en el Convenio se estará a lo indicado en la legislación fiscal interna.

Los trámites requieren autorización de las Cortes según lo estipulado en el art. 94.1 de la Constitución. El peso de la negociación suele llevarlo la Dirección General de Tributos hasta el momento de la rúbrica, otorgando al texto el carácter definitivo salvo modificaciones propias de la ulterior negociación tras recibir las autorizaciones pertinentes por órganos como las Cortes o el Consejo de Estado.

El texto rubricado se remite al Ministerio de Asuntos Exteriores que solicita al Consejo de Ministros autorización para la firma del Convenio tras ser tramitado por nuestras dos Cámaras legislativas. La firma corresponde al momento de autenticación del texto (art. 10 Convención de Viena²⁴⁸).

Tras este paso se requiere un preceptivo, pero no vinculante, dictamen del Consejo de Estado sobre la posible intervención de las Cortes. Habitualmente en materias sobre doble imposición y especialmente evasión fiscal, el criterio de Consejo de Estado es que debe recabarse autorización previa de las Cortes por estar incluidos en el art. 94.1.e de la CE²⁴⁹.

Art. 31.1 Regla general de interpretación

“1.Un Tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin”.

²⁴⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969):

Art. 10 Autenticación del texto

“El texto de un Tratado quedara establecido como autentico y definitivo:

- a) mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración o;
- b) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma ad referendum o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del Tratado o en el acta final de la Conferencia en la que figure el texto.”

²⁴⁹ El mecanismo jurídico, consciente de la vertiente internacional que presenta el fraude fiscal, ya prevé el trámite parlamentario con las garantías jurídicas que ellos supone.

Superado el trámite parlamentario se realiza la ratificación por la cual el Rey firma, con el refrendo del Ministerio de Asuntos Exteriores, quedando desde ese momento el Estado obligado por el convenio a todos los efectos (art. 63.2 CE).²⁵⁰

El siguiente paso es la publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) tras lo cual pasan a formar parte de nuestro ordenamiento interno y, por tanto, a ser de obligado cumplimiento para todos los ciudadanos e instancias del Estado.

Para su derogación serán de aplicación los mecanismos incluidos en el propio Convenio lo que supone en la práctica, la efectiva preeminencia sobre el ordenamiento interno donde se hayan incluidos. Según el art. 96.1 de nuestra Carta Magna, tal preeminencia se mantiene incluso frente a Leyes promulgadas con posterioridad al Convenio.²⁵¹

El Convenio en sí produce efectos desde la fecha que se fije su texto (cabe establecer una fecha determinada, una *vacatio legis* e incluso efectos retroactivos con el límite de la seguridad jurídica del país en cuestión). La retroactividad suele admitirse ya que los Convenios favorecen a los particulares y en otras ocasiones sirve para cerrar vías de elusión legal del impuesto.

Las formas de resolución de conflictos entre Administraciones Fiscales pueden ser variadas. Junto a las vía amistosa (art. 25 modelo OCDE) y de arbitraje para la resolución de estos conflictos en la aplicación general de los tributos, los CDI prevén caminos específicos.

En el ámbito comunitario está prevista la intervención del TJUE para la resolución del conflicto bien por un recurso de incumplimiento bien por una cuestión prejudicial.

2.2.1 Los Convenios de Doble Imposición (CDI).

La existencia de un CDI deviene esencial para promover inversiones extranjeras en un país, así como propiciar el capital nacional en el extranjero. La seguridad jurídica que

²⁵⁰ Constitución Española de 1978, Artículo 63.2:

“Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.”

²⁵¹ Constitución Española de 1978, Art. 96.1:

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

aportan, así como la reducción de la fiscalidad de dichas inversiones son sus notas características.

España mantiene en 2018 ciento dos CDI firmados, de los cuales noventa y tres están en vigor y nueve se están tramitando: Azerbaiyán, Bahrein, Bielorrusia, Cabo Verde, Catar, Montenegro, Namibia, Perú y Siria. Los CDI con Austria, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Finlandia, India, México, Reino Unido y Rumania se han renegociado.

Por su interés para nuestro estudio, destacamos el Protocolo firmado el 14 de enero de 2013 entre España y Estados Unidos²⁵², para modificar el CDI existente desde 1990 entre ambos países. De esta forma catorce de sus artículos han sido revisados para afrontar, con mayor flexibilidad, las necesidades y cambios económicos del entorno del siglo XXI. El criterio adoptado para el tratamiento de las inversiones en ambas jurisdicciones trata de reducir la carga impositiva sobre los dividendos y amplía los supuestos de exención. Sobre los intereses y cánones, se aplicará en general el principio de tributación en el país de residencia del inversor. De igual manera se ha establecido un nuevo mecanismo de arbitraje para resolver ágilmente las diferencias entre las Administraciones, redundando en un menor coste para los contribuyentes afectados. El Protocolo incluye medidas de lucha común contra el fraude fiscal y un memorándum de entendimiento para un futuro acuerdo con Puerto Rico, cuya fiscalidad se asimila en numerosos aspectos con la norteamericana hasta el punto que un ciudadano o residente portorriqueño es, a efectos FATCA, un contribuyente norteamericano.

En términos generales, protocolos como este, mejoran y actualizan los CDI, incluyendo artículos para la adaptación de los mismos a las relaciones económicas actuales, así como los cambios que se han ido introduciendo en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE para evitar la doble imposición. Se produce una mejora en el tratamiento fiscal de los pagos por dividendos e intereses reduciendo los tipos de retención y ampliando los supuestos de exención con el objetivo de dinamizar los flujos económicos existentes. Los nuevos textos mencionan los impuestos sujetos al Convenio incorporando la asistencia en recaudación de impuestos, y actualizando la regulación del intercambio de información, así como los procedimientos amistosos de solución de conflictos entre

²⁵²Boletín Oficial de las Cortes Españolas, núm. 300 de 14-7-14 disponible en: http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/En%20Tramitacion/BOCG/Protocolo_BOCG_EEUU_300.pdf, último acceso 21-3-19.

Administraciones. De igual forma se incluye, cuando no se daba anteriormente, una cláusula anti abuso para evitar que el Convenio pueda utilizarse precisamente en contra de su finalidad, favoreciendo la evasión fiscal y la opacidad en los movimientos de capitales.

2.2.1.1 El intercambio de información en los Convenios de Doble Imposición.

El art. 26 del Modelo OCDE en materia de renta y patrimonio consagra el intercambio de información en materia tributaria incluso cuando sea relevante para la aparición de cualquier tributo interno de cualquier nivel de la Administración Tributaria aunque no esté cubierto por el Convenio. Este artículo constituye, por lo tanto, una referencia internacional y un punto de partida para la construcción de un mecanismo internacional de cooperación que desemboca en FATCA y CRS, con sus correspondientes matizaciones.

Siguiendo este art. 26 no se aplican limitaciones por residencia ni por nacionalidad de las personas afectadas y el envío de información puede ser:

- Previa petición del otro Estado tras haber agotado (aspecto relevante) sus fuentes internas;
- Con carácter automático para ciertas rentas;
- Con carácter espontáneo cuando la información obtenida por un Estado puede ser útil a otro.

Puede afirmarse que el contenido del artículo funciona como un mínimo obligatorio para el intercambio de información, que no impide la aparición de otros acuerdos de mayor alcance.

Según el tenor del art. 26.3 se dan únicamente tres supuestos para denegar la información requerida:

- Cuando la información no pueda obtenerse sobre la base de la legislación o práctica administrativa de cualquiera de los dos Estados;
- Si la información revela secretos comerciales, industriales o profesionales;

- Si implica la adopción de medidas contrarias a la legislación o práctica administrativa del Estado requerido.

El art. 27 del citado Modelo de Convenio dispone la asistencia mutua en materia de recaudación en los Convenios de Doble Imposición, en relación con créditos tributarios a cualquier nivel de las Administraciones de Hacienda, incluso en aquellos no específicamente cubiertos por el Convenio.

El otro pilar que conforma el marco de referencia internacional sobre cooperación e intercambio, y al que hemos aludido en el capítulo I, es el Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en materia tributaria (1988), redactado por el Consejo de Europa, sobre un borrador de la OCDE. Entró en vigor en 1995 y lo han ratificado Argentina, Australia, Azerbaiyán, Bélgica, Belice, Corea del Sur, Costa Rica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Holanda, India, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Malta, México, Moldavia, Noruega, Polonia, Reino Unido, Suecia, Ucrania y Estados Unidos. España lo ratificó en 2010. Tras su reforma en 2010, este Tratado incluye la opción, para los miembros de la UE, de elegir para cumplir con el mismo, instrumentos de intercambio propios de la Unión Europea (opción por otra parte, y a nuestro juicio, redundante ya que la UE sigue los criterios OCDE de forma mayoritaria²⁵³). En consecuencia, 2010 es un año clave para adoptar una nueva conciencia internacional, sembrando un planteamiento firme sobre el intercambio de información y la lucha contra la evasión y la elusión fiscal.

2.2.2 Los Acuerdos de Intercambio de Información (AII).

2.2.2.1 Definición y tipologías.

En 1998, dentro del Foro de la OCDE sobre Competencia Fiscal Perjudicial²⁵⁴, se forjó un grupo de trabajo para elaborar una lista de paraísos fiscales y emitir un catálogo de medidas para combatirlos.

²⁵³ Cuando abordemos el apartado sobre Directivas de la UE retomaremos este argumento al estudiar los mecanismos comunitarios de lucha contra la elusión fiscal y su evolución jurídica.

²⁵⁴ El Foro en su documento “Combatar las prácticas fiscales perniciosas teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia” Acción 5, Informe final de 2015, alude, en su pág.21, al marco del Informe de 1998 para determinar si un régimen preferencial es pernicioso en términos fiscales. Puede consultarse el documento en <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264267107-es.pdf?expires=1553176848&id=id&accname=guest&checksum=33AD67CB4A512FE1E2FE0C5BA1716410>, (último acceso 21-3-19).

En el año 2000 se publicó un nuevo Informe al respecto que señalaba la existencia de treinta y cinco paraísos:

- Bien como territorios no cooperativos;
- Bien como jurisdicciones de baja tributación.

No debe extrañar su reducido número pues, en aquel momento, se habían dejado al margen del Informe aquellos territorios que simplemente se habían comprometido a realizar reformas sobre el intercambio de información tributaria (por eso no figuraban, entre otros, Islas Caimán, Bermuda o San Marino).

En abril de 2002 esa lista de paraísos se actualizó, junto con la publicación de un Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de información en materia fiscal (*Tax Information Exchange Agreement, TIEA*) que aglutinaba los estándares del momento sobre intercambio de información efectivo tanto en el campo penal como administrativo y civil. Este intercambio se articula mediante acuerdos bilaterales o multilaterales y lo más innovador es que no se puede oponer el secreto bancario ni alegar desinterés nacional sobre la información para que esta fluya al país requirente. Quedan prohibidas las peticiones de información de tipo global entre Estados y sin base alguna, conocidas como *fishing expeditions* al tiempo que se asegura la confidencialidad de la información recibida.

Un año después, en 2003 se creó el Foro Global sobre Imposición, llamado desde 2009 de Foro de Transparencia e Intercambio de Información²⁵⁵. Está integrado por los miembros de la OCDE y las jurisdicciones cooperativas, es decir, con voluntad de implantar normas de intercambio o de crear unas condiciones iguales de funcionamiento (*level playing field*) buscando un equilibrio en los estándares exigibles entre países similares o incluso simétricos.

En 2004, en su Informe de Berlín, este Foro señaló la necesidad de extender el intercambio no solo a la OCDE y jurisdicciones cooperativas sino a los centros financieros como Andorra, Barbados, Brunei, Costa Rica, Dubái, Guatemala, Hong

²⁵⁵ <http://www.oecd.org/tax/transparency/el-foro-global-marca-un-cambio-dramatico-en-la-lucha-contra-la-evasion-fiscal-con-el-inicio-generalizado-del-intercambio-automatico-de-informacion-financiera.htm> , (último acceso 21-3-19).

Kong, Liberia, Liechtenstein, Macao, Malasia, Islas Marshall, Mónaco, Filipinas, Singapur y Uruguay. Desde 2006 los informes tienen periodicidad anual.

El Foro distingue tres tipos de jurisdicciones bajo vigilancia especial:

- a) Jurisdicciones²⁵⁶ ajustadas a los estándares internacionales del intercambio de información o lista blanca. Se trata de aquellas que al menos han firmado doce TIEA o CDI que incluyan el art. 26 del Modelo OCDE. Es mencionable que algunos Estados firmaron entre sí, en fraude de ley, esos acuerdos para después no intercambiar la información²⁵⁷;
- b) Jurisdicciones que no cumplen los estándares (no han firmado al menos esos doce acuerdos), pero que han manifestado intención de hacerlo (lista gris). Hoy solo la componen Nauru y Niue ambos territorios insulares en el Pacífico. Austria y Suiza formaron parte de esta lista en su día por decisión política de sus gobiernos;
- c) Jurisdicciones que no se han comprometido a alcanzar estándares de intercambio o lista negra y que actualmente está vacía, como ya se ha dicho anteriormente.

Por lo tanto, el sistema de “listas” y suscripción de acuerdos para la salida de las mismas no ha dado resultados, generando incluso fraudes de ley al firmar diferentes jurisdicciones los doce acuerdos necesarios para confluir en una nueva posición jurídica.

Consciente de ello y especialmente tras el año (post crisis) 2009, la OCDE, a través de su Foro, comenzó un nuevo sistema de revisión por pares, es decir, revisar jurisdicciones mediante informes concretos para cada país mediante una comisión mixta entre países miembros OCDE y países que fueron paraísos fiscales. Se revisa y publica en un informe detallado la aplicación del intercambio de información en los CDI y su cumplimiento efectivo así como la existencia y estado de los TIEA.

²⁵⁶ El concepto de “jurisdicción” que emplea aquí la OCDE alude a Estados y sus dependencias así como territorios bajo su administración o mandato. Tradicionalmente su definición, como se explicó al tratar el secreto bancario, generaba grietas y dudas en el sistema financiero internacional que propician el fraude en alguna de sus vertientes.

²⁵⁷ Cabe destacar, entre otros, los acuerdos firmados entre Liechtenstein, Andorra, Mónaco, Nauru y Vanuatu.

Sobre el acceso a la información las autoridades podrán recabar e intercambiar la misma salvaguardando los derechos y garantías de cada ciudadano afectado. El contenido de la información, afecta a titulares de cuentas en las entidades financieras, así como de sus sociedades, añadiendo soporte documental de las mismas. De las sociedades o entidades se exige conocer la identidad de todos sus socios o partícipes.

La información intercambiada será confidencial. Su contenido, como se verá al explicar el CRS, afecta a nacionales y residentes en que cuenten con inversiones en el país en cuestión. El plazo de envío de la misma será el “razonable” según los propios Convenios firmados por el país.

2.2.2.2 La práctica española sobre Acuerdos de Intercambio de Información (AII).

Estos Acuerdos establecen un cauce de intercambio de información tributaria entre las Administraciones Tributarias de los Estados partes, determinante para prevenir y luchar contra el fraude fiscal.

En España, actualmente, están en vigor Acuerdos de Intercambio de Información (en adelante AII) con: Andorra, Aruba, Bahamas, Curazao, y San Martín; todos ellos han sido paraísos fiscales bajo la consideración de las leyes españolas, habiendo perdido la calidad de tales desde la firma de estos AII²⁵⁸. Entre los AII merece mención aparte el Acuerdo con Estados Unidos de Norteamérica para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA). Este tratado ha sido llamado en nuestro país Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras, denominación no del todo afortunada pues solo se refiere a las abiertas por contribuyentes norteamericanos en España y no a las recíprocamente abiertas por contribuyentes españoles en Estados Unidos. Dada la singularidad de esta normativa la estudiaremos con profusión en el punto 2.3 dedica en exclusiva a FATCA²⁵⁹.

²⁵⁸ Estos AII son así mismo objeto de revisión y dictamen por la Dirección General de Tributos.

²⁵⁹ El 12 de abril de 2013 el Consejo de Ministros autorizó la firma del acuerdo FATCA entre España y Estados Unidos. BOE núm. 159 de 14 julio de 2014.

El texto implica, en puridad, que las entidades financieras de España y Estados Unidos deben comunicar a sus autoridades fiscales información sobre contribuyentes del otro país que posteriormente será intercambiada de forma automática por un procedimiento estandarizado siguiendo las tendencias actuales de cooperación internacional.

España mantiene en tramitación (es decir, negociados pero no ratificados) se encuentran AII con otros territorios tradicionalmente considerados, tanto en el plano nacional como internacional, paraísos fiscales: Bermudas, Guernsey, Islas Caimán, Islas Cook, Isla de Man, Jersey, Macao, Mónaco, San Vicente y las Granadinas y Santa Lucia.

Todo este enfoque, mostrado hasta el momento, es bilateral, es decir, acuerdos entre dos países si bien probablemente, el texto de carácter multilateral más ambicioso firmado en la última década sea el Acuerdo entre Autoridades Competentes sobre Intercambio automático de información de cuentas financieras, realizado en Berlín el 29 de octubre de 2014²⁶⁰.

2.2.2.3 El Acuerdo entre Autoridades Competentes sobre Intercambio automático de información de cuentas financieras²⁶¹.

Este notable Acuerdo incluye, junto a la multilateralidad, un elemento notable como es el carácter automático de la información en la búsqueda de la equidad tributaria. Los objetivos de transparencia fiscal así como la relación cooperativa frente a la evasión fiscal son otras notas comunes contenidas en este Acuerdo así como en otros de idéntica finalidad en los últimos años; no obstante la multilateralidad no es óbice para que el intercambio se practique de forma bilateral entre autoridades competentes minimizando costes de tiempo y dinero en largas negociaciones²⁶².

La firma de este importante Tratado de Berlín supone que España reciba información de cuentas bancarias de forma periódica, automática y estandarizada constituyendo un hecho histórico en la fijación de un estándar global de intercambio de información cuya

El acuerdo ha sido considerado un hito en el intercambio de información tributaria a nivel internacional y considera que tanto en el marco de la OCDE como de la UE se producirá una réplica de un intercambio estandarizado y automático de información.

²⁶⁰ BOE núm.193 de 13 de agosto de 2015.

²⁶¹ Conceptual y académicamente el estudio del intercambio automático de información tributaria puede abordarse desde numerosos ángulos (por materias, jerarquía normativa o ámbito de producción) a través de las versiones sucesivas del *Common Reporting Standard* (CRS) tanto en la legislación OCDE, UE y la normativa española. En este trabajo hemos optado por un enfoque mixto ya que en numerosas ocasiones, y dada su transversalidad, es difícil deslindar de FATCA sobre el que supone una evolución pero al tiempo una influencia.

²⁶² MARTOS BELMONTE, P.: “El nuevo estándar global de intercambio automático de información sobre cuentas financieras de la OCDE: estructura y funcionamiento. Aplicación del mismo en la UE: Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014” en *Crónica Tributaria* núm. 159/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, pp. 103-130.

iniciativa parte del llamado G5 europeo: Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España.

Cincuenta y cuatro países y territorios del mundo²⁶³, entre ellos España, concurrieron a la firma de este Acuerdo multilateral de Berlín. Actualmente consta de ochenta y dos jurisdicciones lo que aporta una idea del interés suscitado por el mismo.

El texto contiene ocho artículos y seis anexos.

El art.1 aborda las definiciones de jurisdicción²⁶⁴, autoridad competente, IF obligada comunicar información y cuenta sujeta. Recuerda que el estándar común de información es el elaborado por la OCDE con los países del G20.

El art.2 reafirma que cada autoridad competente intercambiará, anualmente y de forma automática con las otras autoridades competentes, la información obtenida en aplicación de dichas normas.

El contenido de esa información incluye:

- a) Nombre, domicilio, NIF y lugar y fecha de nacimiento de personas físicas y para personas jurídicas nombre, NIF y domicilio de la entidad así como de la persona (s) de control y su fecha de nacimiento;
- b) Número de la cuenta;
- c) Nombre y número de identificación de la IF obligada a comunicar información;

²⁶³ Los 54 países y jurisdicciones que se comprometieron a intercambiar información desde 2017 eran los siguientes (6 de ellos no han firmado hoy en Berlín): Alemania, Argentina, Barbados, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Colombia, Corea, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, San Marino, Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Trinidad y Tobago, Curaçao, Groenlandia, Islas Feroe, las Dependencias de la Corona del Reino Unido de Guernesey, Isla de Man y Jersey, y los Territorios Británicos de Ultramar de Anguila, Bermuda, Gibraltar, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas y Montserrat. Fuente: <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/minhap/Paginas/2014/291014acuerdoberlin.aspx> (último acceso 21-3-19).

²⁶⁴ Art. 1: “el término «Jurisdicción» significa un país o un territorio para el que el Convenio está en vigor y surte efectos, bien por firma y ratificación conforme al artículo 28 o por extensión territorial conforme al artículo 29, y que es signatario de este Acuerdo”.

- d) Saldo o valor de la cuenta;
- e) En el caso de cuenta de custodia, el importe bruto total en concepto de intereses y los ingresos brutos totales derivados de la enajenación o reembolso de activos financieros pagados o anotados en cuenta durante el año civil o periodo de referencia;
- f) En cuentas de depósito, el importe bruto total de intereses pagados o anotados en cuenta durante el año civil u otro periodo de referencia pertinente; para cuentas no descritas previamente el importe bruto total pagado u anotado en cuenta al titular durante el año o periodo de referencia.

El art. 3 recoge los procedimientos y plazos máximos para el intercambio. La referencia a plazos se hace mediante remisión al Anexo F del Acuerdo, pero en general ningún país que lo suscriba tardará un plazo superior a dos años (2018) en proceder al intercambio efectivo de información tributaria.

Los principios del Derecho Tributario, que hemos tratado en el capítulo I, son invocados para realizar conforme a ellos la comunicación de importe (en la moneda en que esté denominada) y naturaleza de los pagos efectuados en las cuentas sujetas. Es concreta la mención al lenguaje XML para proceder al intercambio automático.

La designación de una Unidad competente de cada Autoridad Tributaria aparece en el art.4, encargándose de comunicar errores o incumplimientos sobre la información recibida.

El marco que protege la confidencialidad de los datos intercambiados y el correcto uso que se haga de ellos están plasmados en el art.5 y desarrollado por el Anexo C, aún pendiente de ser cumplimentado. Abordaremos su detalle en el siguiente capítulo de este trabajo.

Para los casos de consultas y discrepancias que surjan sobre este Acuerdo se acudirá a la Secretaría del órgano de coordinación, cuya creación se regula en el art. 8. Se prevé la modificación del Acuerdo si todas las Autoridades competentes lo deciden por consenso²⁶⁵.

²⁶⁵ Por el momento, no se han producido casos que hayan recurrido a este procedimiento pacífico de arreglo de controversias.

El art.7 nos habla de la vigencia del Acuerdo mediante la que cada Estado participante habrá de transmitir a la Secretaría confirmación sobre si su jurisdicción cuenta con legislación necesaria para aplicar el estándar común de comunicación de información especificando además los métodos de transmisión de datos y salvaguardas personales de los mismos, y presentando un listado de las jurisdicciones con las que se tiene intención de que el acuerdo surta efectos. El párrafo 2.1 de este artículo profundiza en la notificación del Acuerdo y en la fecha de entrada en vigor según las reglas del Derecho Internacional Público en materia de Convenios, y que se mantendrá actualizada en el sitio web de la OCDE. El art. 7.3 regula el incumplimiento significativo de los deberes de los Estados que conlleva la suspensión del intercambio “con efecto inmediato”. La importancia de la protección que los Estados dan a los datos se percibe en que su confidencialidad es una de las causas de incumplimiento significativo; la no aportación de datos o la definición (en concreto la falta de la misma) sobre la naturaleza de las entidades, cuentas e instituciones financieras son igualmente motivo de suspensión. La definición del artículo es expresamente enunciativa. Analizaremos la necesidad de encontrar un criterio común respecto a las instituciones financieras a informar al abordar el estudio del RD 1021/2015²⁶⁶.

En el Anexo F, las cuentas están clasificadas entre nuevas (aquellas abiertas a partir del 1 de enero de 2016) y preexistentes. Tan sólo estas últimas se subdividen en cuentas de persona física de mayor y menor valor (+/- 1.000.000 de dólares norteamericanos) y cuentas de entidad (personas jurídicas).

Los países firmantes intercambian información desde 2017 en su mayoría (algunos desde 2018) para dar tiempo a adaptar sus legislaciones internas e instituciones financieras a los requerimientos técnicos que el Acuerdo exige.

Evolutivamente, como hemos señalado, este Acuerdo tiene su germen en el proyecto del G5 cuando remitió en 2013 una carta al Comisario europeo de Asuntos Fiscales, Algirdas SEMETA. En ese escrito el G5 mostraba su intención de avanzar en la extensión del Intercambio Automático de Información (IAI), que seguía a su vez el modelo de acuerdo FATCA con Estados Unidos y en cuya elaboración ya habían

²⁶⁶ Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre, por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua. BOE núm. 275 de 17 de noviembre de 2015.

participado activamente. Desde ese momento la OCDE aprobó el 17 de enero de 2014 un modelo de acuerdo sobre un sistema común y estandarizado de intercambio de información.

En el seno de la UE, por su parte, destacamos el acuerdo político alcanzado por el Consejo ECOFIN el 14 de octubre de 2014 para establecer este sistema de Intercambio Automático de Información en la UE, lo que supone un avance histórico y radical en materia de transparencia y control fiscal internacional²⁶⁷.

El objeto de intercambio abarca todo tipo de cuentas financieras (cuentas corrientes, depósitos bancarios, valores, participaciones en fondos de inversión, seguros, rentas, etc.) e incluye saldos e importes percibidos por rentas o transmisiones así como la identificación del titular real que controla el producto. El intercambio comenzó en 2017 sobre cuentas abiertas en 2016 y años sucesivos, teniendo carácter anual y automático, por lo que sin necesidad de requerimiento la información fluirá.

En España el órgano que recibirá y coordinará esta información es la Agencia Tributaria (AEAT). Esta circunstancia, en coordinación con la información obtenida de los modelos 720²⁶⁸ sobre los bienes y derecho de los contribuyentes españoles situados en el extranjero, permitirá ensanchar las bases imponibles de la Administración Tributaria reduciendo la carga sobre los contribuyentes que cumplen con sus obligaciones tributarias.

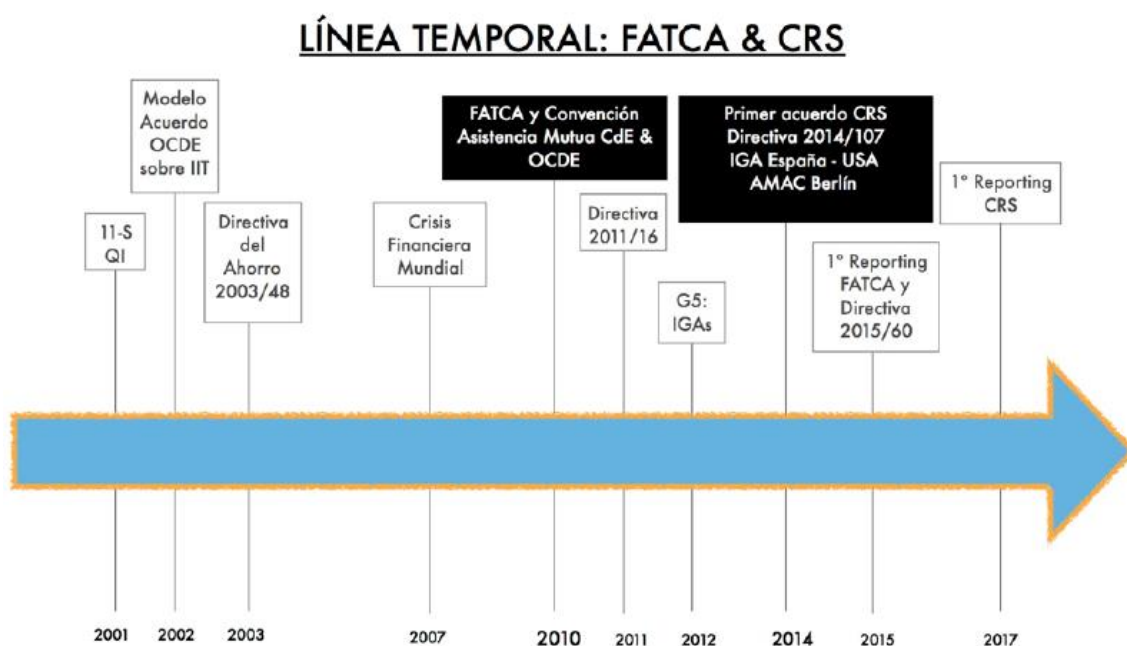
El BOE de 9 de septiembre de 2016 publicó una Declaración de España sobre la fecha de efecto sobre los intercambios de información en virtud de este Acuerdo Multilateral. Esencialmente contiene dos declaraciones:

- De una parte, España viene a declarar que el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal será aplicado con arreglo al CRS en su versión del Acuerdo Multilateral; es decir, se supedita y modifica el compromiso de asistencia administrativa en la materia al más reciente texto que regula el mismo.

²⁶⁷http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/145105.pdf, (último acceso 21-7-16).

²⁶⁸ Profundizaremos en el estudio del modelo 720 y las cifras aportadas en el capítulo IV de esta tesis, al tratar la práctica española en relación a la cooperación internacional y el fraude fiscal y su aplicación por las instituciones financieras y autoridades tributarias de nuestro país.

- De otra, se afirma que el citado Convenio también se aplicará a la asistencia administrativa en virtud del art. 5 de tal instrumento. De esta manera podemos decir que se sigue la Propuesta de Directiva comunitaria (2016) 452 Final, que modifica, a su vez, a la Directiva 2011/16 y que será convenientemente tratada en el epígrafe sobre la UE de este capítulo.



Fuente: D. Coronas

2.2.2.4 Antecedentes del Intercambio de Información Tributaria.

2.2.2.4.1 *Treaty Relief Compliance Enhancement (TRACE)*

Como iniciativa pionera en el intercambio de información tributaria destacamos la implementación del paquete conocido como TRACE aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en su reunión de enero de 2013.

A través de un sistema de Intermediario Autorizado (AI), de evidentes similitudes semánticas y contenido con el Intermediario Cualificado norteamericano (*Qualified Intermediary*, en adelante QI, lanzado por el *Internal Revenue Service*, IRS), se reclaman las retenciones correspondientes a impuestos en la fuente de un cartera de inversiones. Este sistema elimina barreras administrativas que habitualmente afectan a

la posibilidad de que los inversores puedan reclamar la reducción de las retenciones tributarias a las que tienen derecho según leyes locales o en aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición.

El sistema puede aplicarse tanto a países que gravan la fuente como la residencia minimizando en ambos casos costes administrativos. Los *reporting* o informes que contiene TRACE están alineados con otras regulaciones FATCA.

En 2006 tanto el Comité de Asuntos Fiscales (CFA por sus siglas en inglés) como el Comité Asesor de los Negocios y la Industria (BIAC) acordaron mejorar el proceso por el cual los inversores en cartera de valores pueden reclamar sus beneficios recogidos en los tratados con un doble objetivo: desarrollar un sistema de asistencia eficiente para asegurar la reducción de costes y procedimientos así como identificar soluciones para que los países pudieran asegurarse el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

En 2008 se presentó al público el Informe sobre Posibles Mejoras Procedimentales para la asistencia tributaria de inversores transfronterizos. El documento incluye unas recomendaciones sobre las mejores prácticas en este campo. Aconseja igualmente que los países desarrollen sistemas de reclamación de beneficios por tratados fiscales que permitan a intermediarios autorizados reclamar, en nombre de los inversores, los beneficios que les corresponden. Una de las mejoras es que la información sobre el beneficiario efectivo del ingreso se mantiene por el intermediario en el final de la cadena. Los intermediarios financieros pueden así contribuir en gran medida al intercambio estatal de información sobre obligaciones fiscales de sistemas que gravan tanto la fuente como la residencia.

En 2009 el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE presentó un borrador para un paquete dirigido a la implementación de formularios y acuerdos aplicables a las partes.

En 2010 se presentó un grupo piloto que aprobó la creación del grupo TRACE con representantes gubernativos y otro con expertos de las ramas de la industria y la tecnología de la información.

El Grupo TRACE aprobó en 2012 el Paquete de Implementación sujeto a comentarios.

Por su parte el Grupo de Expertos completó su trabajo desarrollando un formato electrónico por el cual las instituciones financieras debían informar a las Autoridades

Tributarias y a su vez colaborar entre ellas mismas. Este sistema utiliza el lenguaje informático XML (el mismo que FATCA, CRS y la UE en la Directiva del Ahorro) y se conoce como *TRACE XML Schema*. El sistema reúne los requisitos de seguridad adecuados para el tipo de información a enviar.

En enero de 2013, finalmente el Comité de Asuntos Fiscales aprobó el paquete final de implantación así como la exploración de concurrencias entre TRACE, FATCA, CRS y UE.

Como vemos, por una simple cuestión de fechas, entre otras razones, TRACE no llegó a tiempo como sistema de intercambio, pero es una iniciativa (aunque parcial pues solo afecta a los valores), que aproximó partes y generó una idea: fomentar el intercambio de información entre países.

El documento sobre el Paquete Final de Implementación comienza explicando la labor del Grupo Consultivo Informal (ICG) como grupo formado por representantes de Estados y expertos del sector financiero y bancario. Su trabajo se centraba durante los dos años iniciales (desde 2006) en crear un marco legal y desarrollar políticas para extender los beneficios de los Tratados a los vehículos de inversión colectiva y otros tipos de inversores. En todo caso, el objetivo de estos trabajos es crear un marco eficiente e identificar soluciones que no amenacen las opciones de los países para el cumplimiento de las obligaciones fiscales pertinentes.

El citado Grupo Consultivo recomendó que se promoviera la uniformidad en los países que graven la fuente para conseguir un *reporting* a múltiples países fuente permitiendo a los intermediarios confirmar la identidad de sus clientes. Todo el mencionado estudio se basaba en las mejores prácticas recogidas por el sector.

La idea se situaba en un contexto donde los diversos retenedores de rendimientos sobre las rentas obtenidas por inversiones en productos financieros, podrían reclamar los beneficios en nombre de sus clientes propietarios de diversas carteras de valores, pero lo harían sin desvelar el nombre de estos especialmente a sus competidores. Los inversores tendrían derecho a las exenciones o reducción de retenciones si presentan una auto-declaración estandarizada para el intermediario, sin necesidad de aportar un certificado de residencia. Con ello se conseguía además un notable ahorro de tiempo.

Los intermediarios deben presentar y reclamar beneficios para sus clientes de forma anual y deben incluir los ingresos recibidos, nombre y dirección del propietario beneficiario, así como país de residencia del inversor y su número de identificación fiscal o TIN.

La implementación de este paquete pretende fortalecer el proceso por el cual países que gravan la fuente o la residencia puedan determinar el ingreso para el que aplicar la retención para la asistencia de los beneficios de un Convenio de Doble Imposición.

Evidentemente los países que gravan la fuente podrían controlar y determinar qué intermediarios actuarían como autorizados. Estos se encuentran sujetos al conocimiento del cliente y a las normas anti blanqueo de capitales operando siempre bajo las leyes del país donde ese intermediario tenga su oficina. Incluso se permite que un intermediario revise el trabajo del intermediario autorizado.

Se establece un plazo máximo de seis meses para recibir los reembolsos de los importes retenidos, una vez que las autoridades tributarias tengan toda la información de los intermediarios autorizados. Estos acuerdos se firman como contratos privados entre los países y los intermediarios que pretenden alcanzar tal estatus. En la información puesta a disposición de las partes (países e intermediarios financieros) destacamos la siguiente documentación:

- Formulario para el solicitante de intermediario autorizado pidiendo autorización para actuar como intermediario financiero en el país fuente;
- Auto-declaraciones para el inversor persona física y persona jurídica;
- Formularios anuales para el *reporting* y para reclamar los reembolsos que no haya sido posible reclamar en procedimientos normales o denegados;
- Descripción los procedimientos a seguir por el revisor independiente.

Los documentos se adaptan a cada país dentro de este marco y contenido general, teniendo en cuenta que en ciertas casuísticas será preciso adaptar las leyes locales para dar cobertura al sistema. Se contempla la opción de que algunos países permitan los acuerdos contractuales ya descritos en el Paquete. Otros países incluyen el propio sistema en sus leyes internas haciendo no necesario el contrato con los intermediarios autorizados.

El Paquete deja fuera de su alcance el tratamiento de varios tipos de entidades o sociedades dejando el asunto a lo dispuesto por las leyes internas de cada país. Es el caso de entidades fiscalmente transparentes. También queda fuera del alcance de este sistema la regulación de ciertas transacciones relacionadas con dividendos y con préstamos en valores. Sin duda al evitar su regulación por TRACE, se gana en agilidad, pero se deja fuera del alcance de la norma algunos de estos fenómenos, donde precisamente radica un mayor número de fraudes y ocultaciones a los fiscos.

Los Estados cuyo criterio es gravar la fuente tienen interés en hacer pública la información obtenida haciéndola accesible.

Finalmente el documento subraya que los sistemas tecnológicos tratarán de hacer los cambios menos gravosos para los gobiernos e intermediarios, facilitando la estandarización y manteniendo siempre abierto a mejoras y propuestas de todas las partes.

2.2.2.4.2 RUBIK.

Por su parte, los llamados Acuerdos Rubik han de ser considerados, hasta cierto punto, como un antecedente de la cooperación entre Estados orientada a lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Su nombre proviene de las diversas combinaciones que puedan darse entre las caras del célebre cubo de Rubik.

El matiz es trascendente ya que con Rubik no se produce un intercambio automático de información, al ser sustituido por un régimen de retenciones fiscales transfronterizas anónimas.

Este tipo de acuerdo estatal, de carácter bilateral, fue auspiciado por Suiza llegándose a firmar en 2011 con Alemania y Reino Unido y en 2012 con Austria. El acuerdo con Alemania no fue ratificado por el Parlamento alemán, por lo que no entró en vigor.

Se trata de acuerdos relevantes pues según datos de Boston Consulting Group²⁶⁹ un 25% de la riqueza mundial *offshore*²⁷⁰ se administran desde Suiza, mientras que

²⁶⁹ BOSTON CONSULTING GROUP: Global Wealth 2011: “*Shaping a new tomorrow*” 13 (June 2011), en www.bcg.com/pl/documents/file77766.pdf, (último acceso 27-8-16).

²⁷⁰ *Off-shore/offshore* (indistintamente): Literalmente se puede traducir el término como “extraterritorial”; en términos generales se alude con esta expresión a territorios con fuerte actividad inversora (mayoritaria) por parte de no residentes respecto de la inversión nacional o local.

aproximadamente otro 25% es gestionada desde el Reino Unido y sus colonias (*dependencies*).

Proporcionan información fiscal a las autoridades de los países de origen sobre aquellos nacionales que mantengan productos financieros depositados en Suiza, sin detallar su identidad. El mantenimiento del anonimato sobre esas cuentas en Suiza parece ser el objetivo último, a cambio de que Suiza recaude ciertos impuestos y los transfiera al país de residencia del depositante.

Los defensores de este sistema mantienen que es menos costoso que FATCA pues no implica *pass thru payments* o retenciones en cualquier institución financiera. Como sabemos este argumento es falaz pues las retenciones coercitivas contenidas en FATCA (como veremos) son tan solo un incentivo para el cumplimiento global de la misma. Suiza, por su parte, no requiere medidas coercitivas ya que no pretende un sistema globalizador e incluso se ha llegado a decir que con su sistema de retenciones anónimas ha pretendido frenar el avance de iniciativas globales basadas en el intercambio automático de información²⁷¹.

En tal sentido, siguiendo a Saturnina MORENO²⁷², se prevé un pago único anónimo a modo de regularización de rendimientos no declarados en el pasado por el valor de los activos cuyos titulares sean británicos, austriacos o alemanes en Suiza. Estos pagos se realizarán según los importes y antigüedad de los depósitos, manteniendo siempre el anonimato de las cuentas salvo que el titular decida lo contrario. Para el caso de Alemania y Reino Unido el importe oscila entre el 28 y el 41% y en el caso austriaco entre el 15 y el 38%.

Por otra parte, y simultáneamente (como una pieza del puzle), se fija una retención a cuenta sobre rendimientos que provengan de activos cuya titularidad no ha sido desvelada. Austria determinó la retención en el 25%, Alemania en el 26,37% y Reino Unido en un 48% sobre intereses, 40% sobre dividendos y 27% sobre ganancias de capital.

²⁷¹ Véanse al respecto las teorías de Stephen D. KRASNER sobre cooperación internacional, organismos internacionales y liberalismo dentro de su teoría general sobre la economía política internacional especialmente vertidas en “*International Regimes*” (1983).

²⁷² MORENO GONZÁLEZ, S.: “Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria: Hacia un mayor y más efectivo intercambio automático de información”, *Crónica Tributaria* núm. 146/2013, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013, pp. 193-221.

Debemos considerar los elevados importes que se manejan y las rentabilidades que se obtienen para que compense a sus titulares, pese a estas fuertes retenciones, no declararlas en sus países de origen.

La Comisión Europea no se mostró partidaria de estos Acuerdos tal y como declaró el Comisario europeo de Finanzas ante el plenario del Parlamento Europeo el 25 de octubre de 2011²⁷³. Al basarse estos en una retención que libera de la obligación de intercambiar información entre los Estados Miembros y territorios participantes como Suiza, se entiende que Rubik choca de pleno con la esencia de la Directiva 2003/48/CE²⁷⁴ del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (y sus posteriores desarrollos) y por ello hubo de reformarse, en 2012, tanto el protocolo firmado con Alemania como con Reino Unido para eliminar aspectos que colisionaban con la legislación comunitaria o introducir asuntos que no estaban cubiertos por el Acuerdo entre la UE y Suiza en materia de fiscalidad del ahorro, tales como pensiones o ingresos percibidos en el pasado no declarados. Junto a todo lo expresado, ha de considerarse que las retenciones previstas en estos Acuerdos no presentan un carácter liberatorio en el país de origen del cliente, por lo que habría que proceder a su deducción ante una declaración tributaria con un criterio bastante discutible.

La extensión de este tipo de Acuerdos hubiera significado para Suiza un triunfo parcial de cara a mantener y privilegiar a su poderosísimo sector bancario y, especialmente, el de la banca privada. Nadie contaba entonces con los efectos devastadores de la crisis financiera en Europa, y menos aún con la fuerza de la iniciativa norteamericana FATCA, que sepultó definitivamente las ambiciones de Rubik. Lo que podía percibirse como un paso atrás, de haberse extendido a otros países dentro y fuera de la UE, quedó casi en un proyecto, hoy virtualmente extinto, ante la pujanza del intercambio automático en sus versiones FATCA y CRS-UE.

El 2 de junio de 2014 Suiza acabó firmando un modelo FATCA de Acuerdo Bilateral con Estados Unidos (*Model 2*), que en la práctica supone el intercambio automático de información con Estados Unidos y contribuye de paso a despejar la sensación de falta de

²⁷³ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=PV&reference=20111025&secondRef=ITEM-016&format=XML&language=ES>, (último acceso 14-6-17).

²⁷⁴ Conocida en círculos financieros como Directiva del Ahorro I.

colaboración con las Autoridades Tributarias estadounidenses y, por ende, con el resto del mundo.

Sumado a lo anterior, desde 2013 Suiza forma parte de los países, que a través de vía de la Convención Multilateral de Asuntos Fiscales, adopta el intercambio previsto por CRS, en el marco de la OCDE, para el año 2018.

Por consiguiente y como vemos, hasta cierto punto la historia de Rubik es contradictoria, pues acabó consiguiendo justo lo contrario de lo que se proponía: en vez de recaudar anónimamente, atacando las bases del intercambio automático de información, generó una estrategia inversa de cooperación internacional en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Un instrumento concebido para la elusión alertó a la opinión pública y los Estados creando un estado de opinión contrario y exigiendo actuaciones frente al respecto²⁷⁵.

2.2.2.4.3 *Qualified Intermediary (QI)*

Por su parte, los Acuerdos Intermediario Cualificado o *Qualified Intermediary (QI)* constituyen, en cierta medida, otro precedente en la lucha contra la evasión fiscal. Fueron concebidos en Estados Unidos como un régimen especial por el *Internal Revenue Service (IRS)*. Este régimen no busca el intercambio de información, sino la correcta aplicación del tipo correspondiente a los no residentes en Estados Unidos que han invertido en valores norteamericanos fuera de las fronteras estadounidenses (hablamos de pago de intereses). La información que recopilen los bancos y entidades financieras firmantes de estos acuerdos privados con el fisco norteamericano será enviada directamente al IRS, plasmada en los modelos tributarios 1042 y 1042 S. A destacar, en similitud con la información de Rubik, que la información no es nominal sino por *pools* o bloques, es decir, no menciona personas sino importes retenidos y tipo de operaciones bursátiles.

Los *pools* o agrupaciones se organizan por tipos de retención aplicables al pago satisfecho.

²⁷⁵ A modo de ejemplo puede consultarse al respecto la pregunta del euro parlamentario W. MEYER del 22 de enero de 2013 en el Parlamento Europeo, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2013-000630+0+DOC+XML+V0//ES>, (último acceso 21-3-19).

QI es relevante históricamente por tratarse del primer intento por el que las instituciones financieras debían actuar como intermediarios tributarios a través de sus fronteras (2001)²⁷⁶.

QI ha sido criticado por falta de eficacia, al no haber podido atajar los casos de evasión fiscal de comienzos de siglo XXI en EEUU con instituciones financieras suizas principalmente²⁷⁷. Quizás se esté exigiendo demasiado a una normativa cuyo único afán declarado es conocer la tenencia de valores norteamericanos allende sus fronteras.

Otra razón para la implantación del régimen QI se encuentra en la pretensión de las autoridades estadounidenses de restringir las prácticas de *treaty shopping*, comentadas en el capítulo I.²⁷⁸

Los acuerdos QI tratan sobre la localización por parte del Tesoro norteamericano de inversiones realizadas por contribuyentes no norteamericanos (definidos como *non US person*) en Estados Unidos, con el objetivo de aplicar correctamente el tipo de no residentes que fuera aplicable en función de la norma doméstica así como los Convenios para evitar la Doble Imposición. Tienen su origen en 2001, si bien han sufrido una notable revisión desde julio de 2014, tras la entrada en vigor de los Acuerdos FATCA con los que presenta, como veremos, zonas de coincidencia y algunas sinergias²⁷⁹. Concretamente el 27 de junio de 2014 el IRS publicó el Procedimiento 2014-39²⁸⁰ que sustituye al primer acuerdo QI 2000-12. El procedimiento introduce una actualización y un acuerdo QI definitivo que trata de armonizar los requerimientos para las instituciones

²⁷⁶ QI fue una pieza relevante para la banca privada que mediante su aplicación eludía compartir información que revelase a sus competidores y al propio IRS el nombre de los titulares de acciones norteamericanas preservando su identidad entre diferentes intermediarios y evitando el robo de estos clientes. Su funcionamiento impedía así mismo que el IRS comunicara datos al país de residencia del titular de los valores estadounidenses.

²⁷⁷ MARTOS BELMONTE, P: “FATCA, un hito en la lucha contra la evasión fiscal a nivel internacional y la base del nuevo modelo de intercambio automático de información fiscal”, Crónica Tributaria, núm. 155/2015, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2015, pp.133-155.

²⁷⁸ La pretensión fundamental de la norma es identificar correctamente a los contribuyentes norteamericanos que invierten en activos norteamericanos mediante intermediarios financieros extranjeros.

²⁷⁹ GRINBERG, I.: “The Battle over taxing offshore Accounts” UCLA Law Review, num. 304, 2012. <http://www.uclalawreview.org/pdf/60-2-1.pdf>, (último acceso 24-8-16).

²⁸⁰ [https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-14-39%20\(1\).pdf](https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-14-39%20(1).pdf) (último acceso 23-8-16).

financieras QI bajo los capítulos 3 y 61 (sección 3406) del Código Tributario norteamericano en relación con el capítulo 4 dedicado a FATCA.

Con fecha de 30 de diciembre de 2016 el IRS ha publicado el texto de un nuevo Acuerdo QI²⁸¹ (*Qualified Intermediary Agreement*)²⁸².

Para obtener el estatus QI es preciso firmar un acuerdo privado bilateral entre la institución financiera y el IRS norteamericano. Ese acuerdo estandarizado (el *QI Agreement* incluye un modelo 14345, un formulario SS4, una carta de intenciones de la entidad financiera y una breve descripción de la actividad propia y forma de apertura de

²⁸¹ El Procedimiento 2017-15 sustituye al Acuerdo QI de 2014 aplicando nuevos procedimientos y exigiendo nueva documentación a partir del 1 de enero de 2017. En cumplimiento de sus disposiciones todos los Acuerdos QI existentes a 31-12-16 quedan extinguidos debiendo aquellas entidades QI que deseen renovar su régimen, presentar una solicitud ante el IRS antes del 31-5-17. Una vez aprobada esta el régimen QI tiene fecha retroactiva de 1 enero de 2017 para esa entidad. Puede consultarse el texto en <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-17-15.pdf>, (último acceso 18-6-18).

²⁸² Los principales requerimientos que introduce son los siguientes:

- Renovación cada seis años;
- Las instituciones financieras han de identificar a sus clientes empleando la documentación documental habitual (W8, W9, etc.);
- Se requiere que transcurrida la vigencia de los W8 y otras pruebas documentales, se proceda a remediar la documentación identificativa justificando la no aplicación de las limitaciones a los beneficios del CDI con EEUU para clientes preexistentes (2017);
- El QI debe aplicar una retención a los rendimientos estadounidenses del 30% salvo que acrediten documentación para aplicar los beneficios de un CDI (dividendos) o intereses (*portfolio interest exemption*);
- Los QI pueden delegar la retención en el intermediario anterior (habitualmente el custodio) facilitándole la información necesaria para ello asumiendo la responsabilidad subsidiaria;
- El QI debe tener mecanismos para asegurarse una correcta retención sin excesos ni defectos;
- Las instituciones QI deberán reportar al IRS en los modelos 1042 y 1042 S la información de los pagos de rendimientos de fuente estadounidense a *Non US person*;
- Los QI podrán optar por reportar directamente al IRS en los modelos 1099 la información de los pagos de rendimientos US satisfechos a *US person* no reportados por FATCA o facilitar dicha información al intermediario anterior en el pago para que sea este quien reporte;
- El *QI agreement* obliga a las IF a establecer un Programa de Cumplimiento de todos los requerimientos QI y FATCA. El nuevo Acuerdo detalla cómo debe realizarse la revisión de dichos procedimientos;
- Toda IF que sea QI debe emitir una certificación trianual obligatoria respecto al correcto cumplimiento del régimen. Si se revisa el año 2017, la fecha límite para presentar tal certificación es el 31-12-18;

El responsable de QI (RO) debe aportar un informe independiente (interno o externo) en uno de esos tres años que comprende la certificación salvo en caso de obtener un *waiver* o excepción. El *waiver* se obtiene si en los tres años antes al periodo certificado el rendimiento QI está por debajo de los 5 millones de dólares.

cuentas, entre otros). El Acuerdo tiene vigencia limitada y es prorrogable. Mediante el mismo las instituciones financieras se comprometen a comunicar periódicamente información tributaria sobre valores norteamericanos a la autoridad fiscal estadounidense así como recopilar y custodiar documentación de clientes según las cláusulas del acuerdo.

El incumplimiento de las obligaciones genéricas de informar (reportar datos) en QI conlleva consecuencias tanto económicas, de negocio así como reputacionales.

Si bien es posible impugnar y subsanar los errores por parte de las instituciones financieras firmantes, el incumplimiento puede generar responsabilidad ante el IRS por los defectos de retención con la consiguiente multa e intereses de demora (riesgo económico).

Se establece una retención del 30% básica en los rendimientos de fuente estadounidense que se satisfagan a los clientes o incluir una identificación completa de sus clientes ante el custodio para que estos puedan aprovechar los beneficios de su CDI con EEUU (riesgo de negocio).

Las causas más destacadas que pueden resolver el acuerdo QI son:

- Defectos significativos en la práctica de las retenciones;
- Presentación de modelos tributarios ante el IRS fraudulentos o manifiestamente erróneos;
- Incorrecta implantación de un Programa de Cumplimiento específico así como no realizar las revisiones periódicas establecidas en tal Programa;
- Uso de documentación defectuosa, incorrecta o no fiable para la identificación de los titulares de cuentas;
- No atender los requerimientos de información del IRS;
- En caso de estar catalogada como institución financiera extranjera (FFI), incumplimiento significativo de las obligaciones que le corresponden por FATCA en su jurisdicción.

Las obligaciones de documentación de cuentas QI se apoyan en la identificación de las mismas para conocer si deben ser finalmente incluidas en el informe anual emitido al fisco americano. Así han de emplearse normas y evidencias a partir de las bases de datos en las que se basa el conocimiento del cliente (KYC) y la identificación del mismo mediante formularios norteamericanos (W8 y W9).

El aspecto nuclear del nuevo régimen QI radica en el Programa Consolidado de Cumplimiento y el establecimiento de la figura de un Responsable (persona física) del mismo (*Responsible Officer*, RO) en las instituciones financieras firmantes.

Entre sus tareas destacamos:

- Redactar políticas y procedimientos para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del acuerdo; comunicar y formar sobre las políticas a las áreas afectadas en la IF;
- Garantizar la adecuación de los sistemas para el cumplimiento de las obligaciones QI en conexión con las obligaciones FATCA;
- Seguir los cambios de negocio que afecten al cumplimiento del acuerdo; Monitorizar los cambios que puedan afectar al cumplimiento QI;
- Dar formación a los empleados en relación con las obligaciones derivadas del acuerdo;
- Certificar periódicamente la adecuación del Programa;
- Designar un auditor (interno o externo pero que pueda acreditar sus conocimientos en esta materia) que certifique la revisión periódica de lo implementado. El informe elaborado por este auditor quedará a disposición del IRS para su eventual solicitud. Este informe contendrá la metodología empleada, el alcance de la revisión, la identificación de deficiencias así como la recomendación de mejoras posibles;
- Ser interlocutor válido (con poderes legales suficientes) antes las autoridades norteamericanas y la entidad financiera.

El Responsable certificará cada tres años el correcto cumplimiento del Acuerdo QI basándose en los controles internos establecidos así como la revisión periódica llevada a cabo y la información ya emitida para el IRS.

El régimen QI, tras la publicación por el IRS del Procedimiento 2014-39²⁸³, extiende la vigencia de cualquier Acuerdo QI en vigor que haya sido firmado antes del 30 de junio de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2016 y lo reemplaza por el nuevo QI.

Existe una patente convergencia, en ciertos aspectos, entre QI y FATCA hasta el punto de que ambas legislaciones actúan coordinada y simultáneamente. De tal suerte, las dos materias emplean formularios del IRS comunes para recoger datos del cliente de cara a su identificación y clasificación como por ejemplo los W-8. Se trata de evitar duplicidades en las obligaciones de comunicación de información a las autoridades fiscales norteamericanas.

En conclusión, el régimen QI nace para permitir que las instituciones financieras extranjeras (no norteamericanas), que perciben pagos de rendimientos efectuados por agentes pagadores estadounidenses, puedan comunicar al agente pagador en Estados Unidos de manera agregada (*pool*), el importe de las retenciones a practicar sobre los pagos recibidos en beneficio de sus clientes no estadounidenses sin desvelar sus identidades.

Por lo tanto, las instituciones financieras extranjeras que decidan no acogerse al régimen QI deben comunicar a los agentes pagadores la identidad de cada uno de sus clientes tanto estadounidenses como no estadounidenses especificando el tipo de retención aplicable a cada uno de ellos.

A modo de colofón, y siguiendo a GRINBERG, podría decirse que QI y TRACE son dos modelos de retención anónima con los que los Estados trataban de gravar las cuentas mantenidas fuera de sus fronteras.

Aunque QI fue el mayor precedente de un régimen de retenciones anónimo, el tiempo y los escándalos (UBS en EEUU, véanse los orígenes de FATCA) demostraron que era

²⁸³ <https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/rev-proc-2014-39-updated-qi-agreement>, (último acceso 18-6-18).

preciso mejorar QI para evitar un abuso del régimen, que contemplaba facilidades de cara a la evasión fiscal de los contribuyentes norteamericanos.

2.3 El intercambio automático de información: FATCA y CRS como nuevos modelos de cooperación internacional.

De las tipologías posibles en el de intercambio de información tributaria (a requerimiento, espontáneo y automático), actualmente podemos considerar que existe un claro ganador, siendo el enfoque “automático” el que alcanza mayor difusión al perfeccionar los otros dos modelos citados. A lo largo de este epígrafe trataremos de argumentar las razones por las que esta modalidad se ha impuesto empleando como hitos las legislaciones FATCA y CRS.

En tal sentido el “Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios”, aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE (CFA) el 23 de enero de 2006, en su módulo 3, define el Intercambio Automático de Información (IAI) como “transmisión en masa de información de contribuyentes de forma sistemática y periódica por el país de la fuente al país de residencia en relación con diversas categorías de renta (p ej. salarios, pensiones, dividendos, etc.)”.²⁸⁴

El intercambio automático también puede ser utilizado para transmitir datos como cambios de residencia, compra de bienes inmuebles, devoluciones de IVA, etc. A continuación, la Autoridad Tributaria del país de residencia tiene la posibilidad de comprobar su información fiscal, para verificar si los contribuyentes residentes han incluido sus rentas de fuente extranjera.

Bien en soporte magnético o digital, la información se introduce en la base de datos del Estado receptor y se revisa automáticamente en relación a los datos que se tienen de los diferentes contribuyentes. Esa labor de coincidencia, o más bien de búsqueda de la misma, es la que se conoce como cruce de datos fiscales de los contribuyentes.

Jurídicamente el IAI puede basarse en:

²⁸⁴ El proyecto de la OCDE en 2006 se centraba en la tributación del país de origen más que en la tributación del país de residencia llegando a recomendar a los países miembros que desarrollaran sistemas similares a QI. El advenimiento de la crisis financiera mundial en 2008 enterró este proyecto para abordar otro basado en la residencia en 2009 y que conocemos como CRS.

- El art. 26 sobre intercambio del Convenio de la OCDE sobre renta y patrimonio;
- El art. 6 del Convenio de la OCDE y Consejo de Europa sobre Asistencia Mutua en Materia Tributaria;
- Directivas Comunitarias (comenzando con la Directiva del Ahorro 2003/48 y sus modificaciones posteriores.

Una recomendación destacada de la OCDE es incluir los Números de Identificación Fiscal (NIF, o por sus siglas en inglés *Tax Identification Number*) si se encuentran disponibles, ya que facilitan el emparejamiento de la información recibida. Este organismo internacional considera esencial que los no residentes tengan la obligatoriedad de declarar su NIF en el país de residencia.

La estandarización de la información se requiere para una mayor eficiencia que ha transcurrido lógicamente de la etapa de papel en 1981 a un formato magnético en 1992, (Formato Magnético Estándar, FME) revisado en 1997.

En 2008 los países de la UE comenzaron a utilizar el formato FISC73, similar al de la OCDE. La propia OCDE ha sustituido en los últimos años este sistema por el Formato de Transmisión Estándar (FTE o STF en inglés) que se basa en el lenguaje etiquetado extensible XML (*extensible mark-up language*).

Entre las ventajas de este lenguaje, muy usado actualmente, destacamos la posibilidad de su lectura por personas y máquinas, la separación del contenido del mensaje, su estructura de visualización, así como la facilidad para comprobar la conformidad de los documentos.

Por otra parte, para conocer la precisión de los datos enviados así como la compleción de los mismos, la OCDE ha desarrollado encuestas sistemáticas que incluyen comentarios sobre los datos y resultados de las comprobaciones realizadas a partir de los mismos (información de retorno del país que recibe la misma).

En diciembre de 2014 los veintiocho Estados Miembros de la UE alcanzaron un acuerdo político para reformar la Directiva comunitaria que implementa un nuevo estándar en la

UE. Ese acuerdo fue formalizado a través de la adopción de esa Directiva en la reunión del ECOFIN del 9 de diciembre de 2014²⁸⁵.

La adopción del Estándar implica dos componentes:

1. El CRS, que contiene las normas de *due diligence* (diligencia debida) y su correspondiente *Reporting* para las instituciones financieras.
2. El Modelo de Acuerdo de la Autoridad Competente (*Model Competent Authority Agreement, CAA*), que contiene el detalle de las reglas de intercambio.

El CRS está diseñado específicamente para analizar tres aspectos:

- Reportar información de ingresos provenientes de inversiones, incluyendo intereses, dividendos e ingresos de ciertos contratos de seguros y productos similares, además de la consabida información de cuentas y activos financieros;
- Las instituciones financieras incluidas son, no solo son bancos y custodios, sino intermediarios financieros, vehículos de inversión colectiva y compañías aseguradoras;
- Las cuentas reportables incluyen las de personas físicas y jurídicas, incluyendo *trusts* y fundaciones, que, por otra parte, son actual refugio y origen de numerosos fraudes.

Cuatro son los pasos que deben darse para la adopción por los Estados del Estándar propuesto por CRS:

- a) Trasladar a la legislación interna de cada Estado los requerimientos de esta iniciativa;
- b) Seleccionar la base legal para el intercambio de información según la adscripción del Estado a uno u otro Convenio internacional para el intercambio;

²⁸⁵ ECOFIN 1196, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2013-000630+0+DOC+XML+V0//ES>, (último acceso 21-3-19).

- c) Ajustar y legislar los aspectos técnicos e informáticos del intercambio;
- d) Proteger la confidencialidad de los datos obtenidos e intercambiados.

2.3.1 FATCA.

2.3.1.1 Orígenes y evolución.

En marzo de 2010 el Gobierno de los Estados Unidos de América (Administración Obama) aprobó un nuevo Capítulo 4 del Código Tributario estadounidense (*Internal Revenue Code*) inserto en la Ley de incentivos para restaurar el empleo (*The Hiring Incentives to Restore Employment, HIRE*).

El mismo contenía las disposiciones de la *Foreign Account Tax Compliance Act*, conocida por el acrónimo de FATCA²⁸⁶.

Se trata de una normativa (*US Regulations*) cuya finalidad es combatir la evasión fiscal de los contribuyentes norteamericanos (los *US persons*) tratando de que no eludan el pago de los impuestos por rentas obtenidas fuera de los EEUU; en otras palabras, se pretende conocer las rentas de los estadounidenses por todo el mundo, al objeto de exigirles la tributación en EEUU por su renta mundial²⁸⁷.

La discusión de la *HIRE Act* en el Congreso de los Estados Unidos dejó patente que esta iniciativa legislativa pretendía imponer a las instituciones financieras extranjeras la divulgación de las cuentas mantenidas en ellas por contribuyentes norteamericanos o, en su defecto, abonar una sanción por no revelar sus nombres²⁸⁸.

Este fue el gran propósito de la Administración norteamericana cuando solicitó a la OCDE que reorientase su política y sus criterios sobre jurisdicciones fiscales perniciosas en 2001.

²⁸⁶ Para un sistemático conocimiento de FATCA, el IRS mantiene en su web toda la información actualizada al respecto, diferenciando el enfoque del contribuyente, IF norteamericanas y del resto del mundo así como para los Gobiernos extranjeros. Un apartado es para legislación y *FAQs*, registro y comprobación de GIIN y otro para formularios relacionados.

<https://www.irs.gov/businesses/corporations/foreign-account-tax-compliance-act-fatca> (último acceso 25-8-16)

²⁸⁷ PEDROSA LÓPEZ, JC: “FATCA como límite a las planificaciones fiscales agresivas, especial referencia a los instrumentos híbridos” en Intercambio de Información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, García Prats, F.A. (director), IEF, Madrid, 2014, pp.363-377.

²⁸⁸ HIRE ACT, 156, Cong. Rec. \$1745-01, 2010 WL984520.

La definición que el texto lleva a cabo sobre un *US Person* incluye a aquellos ciudadanos con doble nacionalidad (una de ellas norteamericana); ciudadanos norteamericanos aun cuando no residan en EEUU; personas físicas con pasaporte nacidas en EEUU salvo renuncia expresa a la nacionalidad; residentes permanentes en EEUU (titulares de una *green card*); ciudadanos que han superado el test de presencia sustancial para extranjero que permanece al menos 183 días con contrato en EEUU o supuestos de estancias menores y que excluyen a diplomáticos, profesores, deportistas o estudiantes.

Conviene recordar que territorios (y sus ciudadanos) como Puerto Rico, Islas Vírgenes americanas, Samoa americana, Isla de Guam y Marianas del Norte son fiscalmente territorio estadounidense sujeto, por tanto, a tributación bajo normas estadounidenses.

Quizás la definición más franca y condensadora del núcleo duro de FATCA y de los retos que conlleva nos la proporciona el profesor GRINBERG²⁸⁹ al afirmar en 2012: “el sistema fiscal internacional está en medio de una novedosa contienda entre un modelo de intercambio de información y un modelo de retención anónima de cara a garantizar que los países tengan la posibilidad de gravar cuentas en el extranjero. Está en juego la capacidad de muchos países de gravar las rentas de personas físicas y los beneficios de los negocios controlados por un número reducido de inversores mediante un impuesto sobre la renta en un mundo financiero cada vez más globalizado. Existen cuatro iniciativas incongruentes entre sí, de la UE, la OCDE, Suiza y Estados Unidos, que juntas representan el nacimiento de un nuevo régimen internacional consensuado en el cual las instituciones financieras deben actuar como intermediarios fiscales transfronterizos y así coadyuvar en la capacidad de los países de gravar a sus residentes por las cuentas que se mantengan en el extranjero. Diferentes resultados en esta contienda auguran claramente diferentes futuros sobre el alcance de la cooperación administrativa transfronteriza en materia fiscal. El eventual triunfo de un modelo de intercambio de información sobre un modelo de retención anónima es clave para gravar el capital, asegurar que la mayoría de países se benefician de que las IF actúen como intermediarios financieros transfronterizos y fomentar el compromiso de los

²⁸⁹ GRINBERG, I.: “*Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System*”, en www.scholarship.law.georgetown.edu, 2012, (último acceso 22-8-16). Aquí el concepto de FATCA viene a ser una punta de lanza, un instrumento disruptivo en la lucha contra el fraude tributario en sus diversas facetas.

contribuyentes con los gobiernos y sus políticas, especialmente en economías emergentes y en desarrollo.”

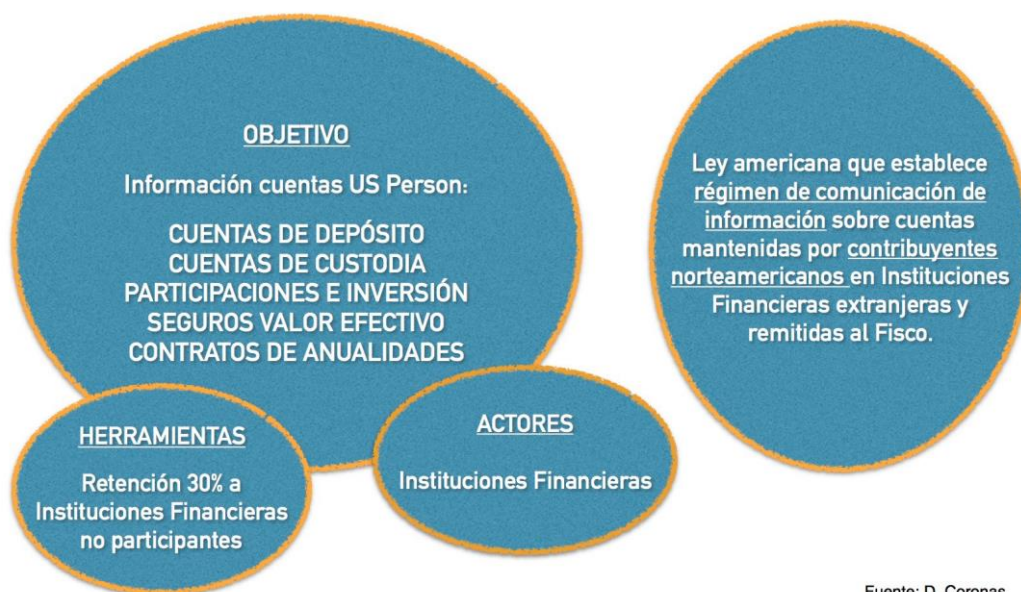
Dos conclusiones resaltan de estas palabras:

1. GRINBERG califica al Rubik suizo y a las Directivas de 2003²⁹⁰ de sistemas de retención, lo cual no es del todo exacto, porque sabemos que ya en 2011 se optó en la UE por el intercambio automático de información tributaria, precisamente en un primer intento de cambiar de paradigma. Al mismo tiempo, hay un olvido atinente a la faceta retenedora de FATCA, si bien es cierto que solo actúa como castigo, no como base de intercambio. Nos preguntamos por qué GRINBERG no menciona al sistema de retenciones QI, quizás porque es norteamericano, o quizás porque aun FATCA no lo ha terminado de engullir. Debe recordarse que QI no sirvió en su día para detectar escándalos financieros de evasión fiscal de enorme magnitud, protagonizados por la banca suiza en EEUU²⁹¹. El transcurso del tiempo ha llevado a que sea la OCDE quien haya perfeccionado FATCA, aportándole mayor eficacia y legitimidad jurídica y en cierta medida simplificando otros extremos.
2. El rol de las instituciones financieras queda definido a la perfección así como la necesidad de gravar la renta de los residentes por encima del criterio nacional.

²⁹⁰ Abordaremos en el epígrafe 2.3.4 de este capítulo el análisis de las Directivas de la UE que aluden al intercambio de información.

²⁹¹ MARTÍNEZ GINER, L.A.: “El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK”, Quincena Fiscal núm. 19, BIB 2012/3095.

¿QUÉ ES FATCA?



Fuente: D. Coronas

2.3.1.2 Críticas a FATCA.

La dificultad estriba en que para conocer estas rentas es preciso conocer y gravar activos fuera de las fronteras norteamericanas, con lo que surge la primera crítica sobre esta legislación: su controvertida extraterritorialidad.²⁹² El Gobierno americano ha pretendido combatirla mediante la firma de Acuerdos Intergubernamentales²⁹³ (*Intergovernmental Agreements, IGAs*,) que ofrecen reciprocidad a los Gobiernos sobre la información de los ciudadanos de sus países con rendimientos en Norteamérica. En la actualidad más de ciento diez países del mundo mantienen Acuerdos de esta naturaleza con los EEUU. Debe aclararse que en su concepción previa al nacimiento de los IGAs o el Acuerdo (en adelante) uno de los sectores más críticos, junto al doctrinal²⁹⁴ fue el de la Banca, consciente de las dificultades técnicas y legales de su

²⁹² Entendida como aplicación fuera de las fronteras norteamericanas de una legislación estadounidense por operadores (clientes, bancos y residentes) de otro país diferente de Estados Unidos de Norteamérica.

²⁹³ Puede consultarse en la web del Departamento del Tesoro estadounidense el listado completo y actualizado de países y jurisdicciones firmantes de un IGA, <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>, (último acceso 16-9-16).

²⁹⁴ CODER, J: “*The dark side of Tax Information Exchange*”, Tax Notes International, 10-6-13 y GIL SORIANO, A: “Las amenazas de la *Foreign Account Tax Compliance Act* estadounidense”, Tribuna Fiscal, núm. 257.

aplicación, máxime desde el plano de la protección de datos ya que las exigencias de partida no eran compatibles con las normativas internas de los Estados adoptantes.

La extraterritorialidad vendría avalada por estos argumentos entre otros:

- 1) La obligación genérica de las instituciones financieras (IFs) de cerrar cuentas de un cliente recalcitrante que se niegue a identificarse (art. 4.2 del Acuerdo). Entiéndase por recalcitrante aquel cliente que se niega a aportar información una vez le es requerida por una institución financiera participante en FATCA para atender sus obligaciones de *reporting*;
- 2) La obligación de remitir información al IRS norteamericano por parte de IFs extranjeras sobre ciertos clientes con determinados indicios;
- 3) La obligación (impuesta unilateralmente por FATCA) de practicar una retención del 30% sobre pagos de fuente u origen norteamericano.

Resulta evidente que EEUU se percató rápidamente (febrero de 2012) de estas críticas y sus posibles efectos (reclamaciones de clientes que se amparan en una imposición unilateral, una vulneración de protección de datos o ilegalidad del cierre de cuentas sobre la base de normativa bancaria local no estadounidense)²⁹⁵. En menos de dos años el impulso fue formidable con más de cien países firmantes en los cinco continentes. Es destacable como en tan escaso tiempo se ha consensuado y puesto en marcha un sistema contra la evasión en regímenes muy diferentes que históricamente jamás habían colaborado. Este es in duda otro motivo de éxito de FATCA y de sus impulsores que marcan un camino a seguir.

2.3.1.3 Consideraciones generales para el cumplimiento de FATCA.

²⁹⁵ Emily McMAHON, Secretaria del Tesoro norteamericano, declaró en una conferencia en Washington en diciembre de 2011, que EEUU no podía exigir a las IF extranjeras información sobre los no residentes a partir de sus leyes internas a cada país y sugirió que EEUU debía actuar sobre la base de acuerdos bilaterales o multilaterales que permitiesen cumplir con FATCA sin vulnerar las leyes locales y la soberanía de cada Estado, señalando que FATCA debería ser considerada un vehículo para alcanzar una transición a un sistema multilateral. En tal sentido puede consultarse <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1399.aspx>, (último acceso 21-3-19).

La consecuencia de trascender el plano bilateral hacia el multilateral (CRS) fue puesta de manifiesto por SPENCER, D.: “*FATCA: progress towards automatic information Exchange*” *Tax Justice Network blog*, 2-3-12, disponible en <http://taxjusticeblogspot.com/2012/03/factaprogress-towards-automatic.html> (último acceso 22-8-16).

Para cumplir con FATCA es posible optar entre dos escenarios alternativos²⁹⁶:

- Por una parte, aplicando directamente las *Final Regulations* norteamericanas.
- Por otra, mediante la suscripción de acuerdos bilaterales con EEUU conocidos como IGA.

Los grandes actores en FATCA son las instituciones financieras (*Foreign Financial Institutions*), que deben obligatoriamente colaborar con el fisco de su país y con el norteamericano en otro aspecto capital: el registro y supervisión de los datos enviados, quedando incluso la Autoridad Tributaria estadounidense facultada a auditar a la institución financiera extranjera. Hasta el momento no se tienen noticias de que esto se haya producido en ningún caso, pero la normativa es meridiana en este sentido y de hecho se asume por las IFs que puede ocurrir, situando al frente de las Unidades FATCA a personas con poderes suficientes para entablar relaciones legales con la máxima Autoridad Tributaria en EEUU: el *Internal Revenue Service (IRS)*. Esta posibilidad se difumina en los países con IGA, donde el interlocutor con quien la IF trata es la Administración Tributaria local del país en cuestión.

Conviene detenerse a reflexionar en este punto sobre cuál es el beneficio para una IF cumplidora y participante en FATCA: realmente ninguno, además de asumir los costes legales y técnicos de participar. Entonces ¿cuál es la razón de que países e IF firmen masivamente estos Acuerdos? El riesgo reputacional o comercial de verse aislados internacionalmente, es decir, aquellas no participantes se verán, en el mundo financiero absolutamente global, abocadas a no trabajar (so pena de retención) con IF que formen parte de FATCA. Además, gran parte del esfuerzo técnico y de conocimientos en la implantación de FATCA es válido para implantar el CRS dadas sus similitudes.

La firma de un IGA aporta innegables ventajas para las instituciones financieras de las cuales destacamos las siguientes:

- a) Se elimina para las IF la obligación de retener sobre los *passthru payments* (pagos de paso o tránsito entre IF) por el mero hecho de la firma del acuerdo;

²⁹⁶ CORONAS VALLE, D.: “FATCA: El control fiscal internacional de cuentas bancarias de ciudadanos estadounidenses”, Cuadernos de Información económica, núm. 234, mayo- junio 2013, Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS), Madrid, 2013.

- b) Los participantes no están sujetos a retención del 30% de sus rendimientos;
- c) No es preciso cerrar, tan solo comunicar las cuentas de clientes recalcitrantes (aquellos no dispuestos a proporcionar información o documentación requerida);
- d) La Administración Tributaria local se configura como interlocutor válido para la IF;
- e) Se identifican ciertos productos (ej. planes de pensiones) e instituciones financieras que quedan excluidos de la comunicación de datos como, por ejemplo, el Banco de España dado su escaso riesgo para la evasión fiscal;
- f) Se simplifican los procedimientos de diligencia debida de las instituciones financieras siguiendo las normas de conocimiento del cliente (KYC) y Prevención de Blanqueo de Capitales. Se trata de normas inspiradoras que pueden invocarse con carácter supletorio.

Estas instituciones financieras extranjeras (FFI) o “no norteamericanas” deben identificar e informar (reportar)²⁹⁷ las cuentas de sus clientes estadounidenses, pues en el caso de incumplimiento legal se prevé como sanción (*stick*) una retención del 30% de los ingresos procedentes de activos norteamericanos. Esta constituye otra segunda crítica; (la retención de parte de la propiedad o rendimientos de activos en suelo estadounidense empero nunca por extraterritorial (sanción norteamericana en territorio norteamericano sobre fondos norteamericanos) sino como ataque a la propiedad privada y a la disposición de bienes bien del cliente o de la IF donde los tiene ubicados. En todo caso, no se trata de la opinión más frecuente ni repetida por ciudadanos y bancos. Tampoco se conocen casos donde se haya aplicado esto, ni el lapso de tiempo que puede transcurrir entre la posible retención del 30% y el desbloqueo de esos fondos afectados, toda vez que la IF y el cliente informen de los datos preceptivos.

El otro gran actor en FATCA es el cliente y ciudadano norteamericano. No todos los casos son fáciles de resolver al determinar si la persona ostenta la ciudadanía y podrá ser reportable. En la práctica bancaria se han producido casos donde el ciudadano

²⁹⁷ El formato de reporting FATCA, conocido como “*schema*”, está basado en el STF (*Standard Transmission Format*), sistema creado por la OCDE que usa lenguaje XML. La autoridad fiscal norteamericana (IRS) publicó en noviembre de 2013 una guía (*wordbook*) integrando en este campo los trabajos de la OCDE. También incorpora elementos de FISC 153 (utilizado por la Directiva de Ahorro Comunitaria).

americano es no residente en EEUU (trabajador de buena fe) y encuentra dificultades en las IF en el momento de gestionar o abrir una cuenta bancaria en el país de residencia, ya que esta cuenta en realidad no debe ser considerada “*offshore*” en el sentido legal, aunque sí semántico de la palabra.

Los Acuerdos bilaterales FATCA eliminan la retención punitiva del 30% como forma de incentivar su firma al tiempo que desaparece la obligación de retener en los pagos realizados en otras instituciones financieras que no firmantes de FATCA o que puedan considerarse como clientes recalcitrantes (aquellos que se nieguen a aportar documentación una vez se les solicite por considerarse que tienen indicios de ser *US person*); nos estamos refiriendo a los controvertidos y polémicos *passthru payments* o pagos de paso o tránsito como aquellos en los que la institución financiera debe conocer la trazabilidad de origen y destino del mismo, por el solo hecho de que un cliente suyo “de paso o tránsito” los percibe antes de reenviarlos a una cuenta en otra IF. Más allá de la legalidad de los mismos, su extrema complejidad técnica para aislar, conocer y guardar datos de esos pagos con el fin de reportar los mismos preocupaba, y mucho, a la Banca internacional. Con las firmas de los IGA estos pagos han desaparecido manteniéndose tan solo en escasas jurisdicciones.

Cada Estado, al suscribir el Acuerdo, individualiza sus obligaciones y las de sus instituciones financieras. En el caso de nuestro país, la firma del IGA se engarza dentro del marco de la cooperación en el intercambio de información tributaria entre las autoridades españolas y norteamericanas, tal y como establece el art. 27 del Convenio de Doble Imposición (suele ser el art. 26 en otros CDI) y la prevención de la evasión fiscal entre España y EEUU de 22 de febrero de 1990 en su redacción dada por el Protocolo que modifica el CDI firmado el 14 de enero de 2013.

En nuestra opinión, el mayor reto que plantea FATCA es su interpretación,²⁹⁸ en otras palabras, conjugar los criterios y conceptos jurídicos anglosajones en nuestro ordenamiento. Esos conceptos ajenos pueden crear conflictos interpretativos en el plano judicial, y por esta vía puede llegarse a la inseguridad jurídica tributaria internacional.

²⁹⁸ Buen ejemplo de ello es la consideración de los periodos de tiempo en días naturales, no en días laborales.

Tanto las *US Regulations*²⁹⁹ (versión definitiva de 17 de enero de 2013) como sus desarrollos a través de *Notices*³⁰⁰ son mecanismos complejos y de gran dificultad técnica, singularmente para los no avezados en un sistema tributario ajeno.

Cualquier mención a una norma publicada por el IRS se entiende referida a la última versión actualizada correspondiente, publicada en la web de la máxima Autoridad Tributaria estadounidense o en el portal de Departamento del Tesoro norteamericano.

Las *US Treasury Regulations* son un compendio del desarrollo normativo de FATCA; este conjunto es de aplicación a IF estadounidenses así como IF extranjeras pertenecientes a jurisdicciones no firmantes de un IGA. Por lo tanto, estas *Regulations* no son directamente aplicables a países firmantes de un IGA Modelo 1 como España, si bien en la práctica debe tenerse en cuenta que el IGA contiene ciertas remisiones a conceptos desarrollados directamente en las *US Treasury Regulations*, por lo que dicha normativa si podría ser de aplicación por la vía de la remisión.

Los problemas jurídicos incluyen el establecimiento de cláusulas en los contratos bancarios que regulen, protejan e informen a los clientes afectados por el intercambio de sus datos personales, sin olvidar que se derivan notables dificultades para la comprensión y cumplimentación de los auto-certificados. Las instituciones financieras no tienen la obligación de asesorar a sus clientes sobre qué postura tomar, ni ayudar a cumplimentar los datos relacionados con FATCA. Este aspecto abre la puerta a la

²⁹⁹ El Departamento del Tesoro norteamericano mantiene actualizado su portal web, presentando de manera cronológica todas las actualizaciones de estos Acuerdos así como la relación de países firmantes. <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1825.aspx> (último acceso 26-3-19)

³⁰⁰ Del extenso entramado jurídico de *Notices* destacamos las siguientes por su repercusión práctica en España:

La *Notice* 2010-60 supuso el primer desarrollo de FATCA conteniendo sus obligaciones principales (*Grandfathered obligations*); definía tipologías de las FFI y las NFFE así como el régimen sancionador de las cuentas recalcitrantes; la *Notice* 2011-34 completaba a la anterior proveyendo una guía para ciertos casos; destacaba la definición del *passthru payment* y la de ciertos vehículos de inversión (propios del mercado americano) e informaba sobre las cuentas de custodia al tiempo que enunciaba el uso del W-9 y W-8; por su parte la *Notice* 2011-53 actualizaba el marco temporal para aplicar FATCA resumiendo las fases de implantación: registro, *due diligence*, *reporting*, retenciones y regulando la continuidad de los Acuerdos QI. Un nuevo aplazamiento temporal originó el *Announcement* 2012-42 actualizando el calendario anterior. Las reglas para los ingresos brutos, las *sponsored entities* y nueva información sobre el reporting de los IGA modelo 1A, diferenciado del modelo 1B, constituían el grueso de la *Notice* 2015-66 que resumía los logros en el haber de FATCA: 112 jurisdicciones tienen o negocian un IGA en esa fecha. La *Notice* 2013-69 de 29 de octubre, se destinaba a países sin IGA o con IGA modelo 2; no obstante aporta con carácter general un nuevo alcance de la obligación de las FFI participantes para el reporte de pagos a FFI no pasivas; modifica la definición de *US Person* para incluir a ciertas aseguradoras extranjeras que optan por estar sujetas al *US income tax* como si fueran estadounidenses y excluye del concepto de ENF Pasiva a aquellas que tenga la condición de QI.

formación de juristas expertos en estas materias con una importante vertiente de Derecho comparado.

Aunque no compartimos por completo la idea exclusivamente recaudadora de FATCA,³⁰¹ pues pensamos que no sólo se trata de recaudar y equilibrar los maltrechos presupuestos estatales anteriores y posteriores a la crisis financiera de 2007-8, es obvio que FATCA ha supuesto un hito en la lucha contra la evasión y elusión fiscal. Las cifras son importantes pero no descolantes, lo que apoya nuestra tesis de que tras FATCA no hay tan solo motivaciones recaudatorias: se trata de una norma tributaria con fines de seguridad nacional, que viene a completar la información que desde 2001 la *Patriot Act* recopila para saber dónde se ubican los ciudadanos y contribuyentes norteamericanos y cuál es su actividad. Todo aquel contribuyente que tenga pasaporte estadounidense o una *green card* debe estar sujeto a protección pero también a control y EEUU ha comenzado a recopilar información de contribuyentes que viven fuera de sus fronteras y son americanos, incluso que desde hace mucho no han visitado EEUU, o que nunca lo han hecho (como los nacidos en bases militares fuera de territorio estadounidense).

En este sentido, la previsión inicial del Gobierno norteamericano era recaudar 8.700 millones de dólares en diez años, es decir, unos 870 millones anuales³⁰²). En todo caso y en correlación con las pérdidas expresadas por el Tesoro norteamericano superiores a los 100 billones anuales, así como los costes de implantación de FATCA, no hacen sino corroborar nuestro argumento expuesto anteriormente; al mismo tiempo han surgido voces en la doctrina que defienden la inutilidad de FATCA. Tal es ese caso de HATTEN-BOYD³⁰³ si nos ceñimos a aspectos meramente tributarios.

Otro aspecto crítico, certero a nuestro juicio, sobre la iniciativa norteamericana, reside en la gestión que realiza sobre los datos de ciudadanos y clientes (norteamericanos o no pues se trata, *in fine*, de contribuyentes) y la posible conciliación de estos con el

³⁰¹ CORONAS VALLE, D.: “CRS o el imparable Big Bang en el ámbito del intercambio automático de información tributaria”, Revista IEEE 119/2015, Madrid, 3-11-15. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEO119-2015_CRS_InformacionTributaria_DanielCoronas.pdf (último acceso 23-8-16).

³⁰² Exactamente las cifras del Gobierno estadounidense señalan “8,7 billones de dólares” si bien hemos de recordar que el billón en dólares norteamericanos equivale a mil millones europeos.

³⁰³ HATTEN-BOYD, L.: “FATCA: Will this penal withholding regime have its intended effect?” International Tax Journal, July-August, 2010.

régimen de protección de datos nacional con el estadounidense que los reclama. Abordaremos esta cuestión en el capítulo III de este trabajo.

Por otra parte, resulta innegable la validez del planteamiento de un sector doctrinal³⁰⁴ sobre la naturaleza sancionadora de la retención del 30% contemplada en FATCA. Al tratarse de un instrumento coercitivo, nos alejamos de la idea de retención para garantizar el pago de un impuesto, e incluso podrían darse casos de sobre imposición si se combina esta retención con la prevista en los CDI³⁰⁵.

Ha de precisarse que la mención a la retención de fondos tenía una doble acepción:

- Retención sobre ciertos pagos con origen en EEUU dirigidos a una institución financiera no participante en FATCA (*passthru payments*);³⁰⁶
- Retención sobre cuentas/productos de titulares que no están dispuestos a proporcionar la información o documentación requerida. Esta legislación les denomina “recalcitrantes”.

Ambas fueron eliminadas de los IGA con el objeto de incentivar su suscripción ofreciendo ventajas a los Estados firmantes.

Actualmente las instituciones financieras internacionales de países que han suscrito un IGA deben comunicar a sus Autoridades Tributarias aquellos pagos realizados en 2015 y 2016 a instituciones financieras no participantes. La información incluye nombre de la institución financiera así como el importe total de los mismos³⁰⁷.

³⁰⁴ GIL SORIANO y MORENO GONZÁLEZ, entre otros. Op. citae.

³⁰⁵ La regulación española FATCA provocó una revisión del CDI entre España y Estados Unidos que databa de 1990, tal y como hemos señalado en páginas previas.

³⁰⁶ La expresión «Pago de fuente estadounidense sujeto a retención» significa todo pago de intereses (incluidos los descuentos sobre emisiones originales), dividendos, rentas, sueldos y salarios, primas, anualidades, indemnizaciones, contraprestaciones, emolumentos y otras ganancias, beneficios y rentas fijos o cuantificables anual o periódicamente, cuando dichos pagos procedan de fuente estadounidense. No obstante lo anterior, los Pagos de fuente estadounidense sujetos a retención no comprenden aquellos pagos que no reciban la consideración de pago sujeto a retención en la normativa aplicable dictada por el Tesoro de los Estados Unidos

³⁰⁷ Hasta donde nos es dado conocer, la obligación inserta en el art.3 de la Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio se cumple y agota, en lo relativo a este aspecto al “comunicar a la Agencia Tributaria el nombre de toda institución financiera no participante a la que haya efectuado pagos en los años 2015 y 2016 y el importe total de los mismos” de tal suerte que interpretamos, en un proceder que secunda el sector bancario español, que la obligación finaliza con la información aportada en su día sobre estos dos ejercicios.

En cualquier caso, y como hemos indicado, para superar la mayor parte de las críticas habidas, las autoridades norteamericanas optaron desde julio de 2012 por un planteamiento basado en modelos intergubernamentales 1 y 2 que incluso reducen notablemente las obligaciones tanto para los Estados como, muy especialmente, para las IF que han de recopilar y remitir información de los clientes afectados.

Detectamos un punto de inflexión, reflejado en la Declaración conjunta del G5 europeo³⁰⁸ y EEUU, por el que expresan su intención de actuar en un marco común para implantar FATCA. En estos casos las instituciones financieras remiten la información a su Autoridad Tributaria y esta a su vez la reenvía al IRS.

El Modelo 1 contiene dos subtipos:

- El IGA 1A (caso del G5: España, Reino Unido, Italia, Alemania y Francia). En este caso se establece la reciprocidad³⁰⁹ en el intercambio automático aunque como veremos, con matices importantes.
- El IGA 1B de aquellos que no desean reciprocidad en la información respecto a la suministrada a EEUU.

Por su parte el Modelo 2 (elegido, entre otros, por Suiza, Austria y Japón) consiste en el envío por parte de las instituciones financieras del país de la información tributaria directamente al IRS sin intervención de la Administración competente del país.

³⁰⁸ <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/08-02-12%20Link%20FATCA.pdf> (último acceso 30-8-16).

³⁰⁹ La asimetría evidente en la reciprocidad de estos Acuerdos FATCA constituye otra cuarta crítica al planteamiento de la Ley; Se ha señalado (MORENO GONZÁLEZ op. cit.) entre otros ejemplos como EEUU no podría informar sobre los titulares de empresas en Estados como Delaware dado que su legislación garantiza el anonimato de las mismas. La polémica suscitada en EEUU al respecto y la experiencia proporcionada por casos judiciales revelan una cierta tendencia al levantamiento del velo societario y la corriente a actuar superando el secreto bancario en casos de delitos flagrantes; véase la investigación de la Audiencia Nacional sobre el ático de Ignacio González en Estepona a nombre de una sociedad en Delaware o la batalla política entre el senador Levin y Jeffrey Bullock secretario del Estado de Delaware en Reuters: Special Report: *“How Delaware kept America safe corporate secrecy”* en , 24-8-16 (último acceso 29-8-16). Este planteamiento se encuentra aún lejos de la automaticidad pretendida por FATCA. Estudiaremos esta crítica y su solución al hilo del IGA entre EEUU y España.

Los subtipos de cada modelo dependen de la existencia o no de Convenio de Doble Imposición o Acuerdo de Intercambio de Información previo entre el país firmante y EEUU.

Sobre el ámbito de aplicación de la legislación FATCA, se ha señalado que no incluye a territorios de los EEUU como Islas Marianas del Norte, Samoa, Guam, Puerto Rico o sus Islas Vírgenes. Si bien es cierto que no aparecen expresamente mencionados, habría que indicar dos cuestiones al respecto:

- a) Desde el punto de vista de las instituciones financieras no estadounidenses, estos territorios son territorios FATCA a todos los efectos, es decir, un ciudadano por ejemplo de Puerto Rico o con residencia en Puerto Rico es objeto de análisis e información a los EEUU.
- b) Las instituciones financieras que tengan sucursales en estos territorios son consideradas filiales y, por tanto, sujetas a otras residentes en EEUU o de países con acuerdo FATCA con lo que en la práctica se hace difícil que algún cliente bancario de esos territorios quede fuera del foco de esta legislación.

El art. 7 del Tratado FATCA incluye la “cláusula de nación más favorecida” al estilo de la usual de los CDI³¹⁰; Esta cláusula permite actualizar y mantener actualizado el Acuerdo permanentemente por el efecto extensivo de las mejoras introducidas en el último de los acuerdos firmados sobre los anteriores (por ejemplo la extensión de plazos).

Por otra parte, la cláusula afecta a las IF residentes en países con IGA y a las medidas generales de diligencia debida contenidas en el Anexo I (las medidas específicas de cada país contenidas en cada Anexo II no se ven afectadas por esta cláusula).

2.3.1.4 Consideraciones específicas para la aplicación de FATCA en España: El IGA entre España y EEUU.

³¹⁰ Se trata, en suma, de un mecanismo jurídico por el que una de las partes de un Tratado puede solicitar a la otra el beneficio que esta hace a una tercera con la que ha firmado otro Acuerdo de idéntica naturaleza.

El 14 de mayo de 2013 se firmó este Acuerdo que para España adopta la forma de Tratado Internacional aprobado por las Cortes y por consiguiente de obligado cumplimiento para los sujetos afectados.

El Acuerdo descansa jurídicamente en el art. 27 del CDI de 1990 entre EEUU y España que menciona de forma expresa el intercambio automático de información tributaria.

Este Acuerdo debe ser estudiado a la luz del Acuerdo de Autoridades Competentes del Reino de España y los EEUU de 15 de enero de 2016³¹¹. Este último contiene reglas para la mejor interpretación del IGA por ambas partes.

A resultas de esto ¿por qué se continua cuestionando la legitimidad de la implantación de FATCA en nuestro país como sistema de intercambio automático de información viéndose este anclaje normativo referenciado a su vez en los Modelos OCDE para evitar la doble imposición ? Parece una base sólida y garante de derechos con la que continuar su función pero acaso ¿nunca se librará de su estigma? FATCA ha contenido, en sus inicios, errores y excesos que están siendo corregidos.

Se ha afirmado³¹² que nos encontramos ante un único instrumento jurídico con dos naturalezas jurídicas diferentes, ya que por parte española se tramitó en las Cortes Generales como un Tratado Internacional, si bien en Estados Unidos se tramitó como Ley interna sin intervención del Senado norteamericano. Esta afirmación no es del todo cierta, ya que como hemos apuntado, el Senado estadounidense tuvo un activo papel en la aparición de FATCA o al menos en su antecedente, si bien podría decirse que no se obtuvo “una aprobación” como en el caso español, pero sí se contó con los subcomités pertinentes, considerando que la iniciativa era por y para Norteamérica y sus ciudadanos. Lógicamente lo que cada Estado decida adoptar posteriormente es una decisión unilateral.

La controvertida extraterritorialidad tenía, en origen, fundadas razones. Sin embargo, en el ámbito de los IGA nadie menciona el hecho de que las Autoridades Tributarias han

³¹¹ http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_tributaria/Modelos_y_formularios/Declaraciones/Modelos_200_al_299/290/MOU_FATCA_ACC.pdf (último acceso 26-8-16).

³¹² GARCÍA PRATS, F.A.: “Los nuevos estándares internacionales de intercambio de información: FATCA o el fin del secreto bancario” en Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, (Director) García Prats, F.A., Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 2014.

de recibir información recíproca (simétrica o asimétricamente) sobre sus contribuyentes, sus cuentas y rendimientos en EEUU; quizás si se atendiese con mayor orientación al fin y la eficacia de la norma podría verse un poco, en alguna medida, que su extraterritorialidad sería matizada y, en todo caso, bidireccional o compartida de suerte que sus efectos se mitigan en un marco de acuerdos internacionales voluntarios.

Las críticas al escaso compromiso que afecta a EEUU según el art. 6.1 y la reciprocidad se ven tamizadas, y deben estudiarse a la luz del Acuerdo de 15 de enero de 2016 entre las Autoridades Competentes de España y Estados Unidos para regular el intercambio de información según los art. 2 y 4 del IGA por el que las dos Administraciones detallan la aplicación del Acuerdo FATCA.

En definitiva, se ha considerado FATCA y sus *IGA* como un verdadero contrato de adhesión, que EEUU propone a los gobiernos de diferentes naciones en el momento procesal que le resulta de mayor interés (crisis financiera). No obstante, el trabajo y los resultados que FATCA propone son beneficiosos para el conjunto de instituciones que los aplican, y redundan en sus ciudadanos y su equidad tributaria; por otra parte es innegable el rol que FATCA realiza como introductor de CRS y su filosofía. No ha de desdeñarse que un cambio de mentalidad como el que se impone (identificar y trasladar información de toda cuenta al fisco) solo lo imaginamos en ciertas jurisdicciones y ámbitos de la mano de una forma de pensar cuando menos “externa” e influyente que conoce y origina gran parte del mercado financiero mundial. Podría afirmarse que es la fuente la que origina el movimiento de corrección en materia de información. Las mejoras y los perfeccionamientos que la adaptan provienen de la OCDE y la UE esencialmente. El desafío logrado con éxito era, partiendo de FATCA y sus críticas, sustentar una norma de amplio consenso, jurídica y técnicamente adecuada y de enfoque multilateral, asumiendo las dificultades negociadoras que ello conlleva.

Con este planteamiento es explicable que las obligaciones de la Autoridad Tributaria estadounidense y sus instituciones financieras sean sensiblemente menores en cantidad y calidad a las que se imponen a la otra parte del Acuerdo.

FATCA es una norma estadounidense, hecha en EEUU, por norteamericanos y para norteamericanos, que han de aplicar personas e instituciones financieras no americanas (las jurisdicciones firmantes del Acuerdo, “socias”, como claramente se les denomina). Por consiguiente, no debemos perder de vista esta idea, completada sabiendo que los

beneficios de su aplicación normativa redundan en Norteamérica, conceptual y mayoritariamente³¹³.

En conclusión, nuestro país se decantó por la firma de un acuerdo bilateral para aplicar FATCA. Este acuerdo proporciona un marco legal de mayor facilidad técnica para su cumplimiento. Como consecuencia del mismo se desarrollan, como veremos, diferentes Órdenes Ministeriales, conteniendo las definiciones ajustadas al Derecho español, adaptándose especificidades de ciertas figuras jurídicas anglosajonas y continentales.

2.3.1.5 Aplicación de FATCA por las Instituciones Financieras Españolas³¹⁴.

2.3.1.5.1 Normas para revisión de productos y clientes.

El BOE de 1 de julio de 2014 publica el Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras, hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013³¹⁵.

Se compone de diez artículos y dos Anexos.

Partiendo del deseo de un “intercambio recíproco” que salvaguarde la debida confidencialidad de los datos, el art.1 aporta las definiciones de esta normativa.

Se precisan los conceptos de IF y de cuentas sujetas a comunicación de información:

³¹³ Esta “*realpolitik*” no debe extrañar a la doctrina ya que ver en FATCA un instrumento del “imperio norteamericano” nos parece una visión trasnochada, sesgada e injusta (por maniquea) de un entramado jurídico donde numerosos juristas y técnicos de bastantes países del mundo han trabajado y colaborado activamente. Siempre puede darse un margen de mejora, pero volviendo la vista atrás, en los últimos quince años se ha avanzado notablemente y no reconocerlo sería mezquino y profundamente injusto. Quizás este sea el único aspecto positivo que haya aportado la crisis financiera y la eclosión de un cierto terrorismo (*yihadismo*), del que nos ocuparemos en capítulos posteriores.

Por otra parte, y en términos cuantitativos, según fuentes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se calcula que residen en España una cifra inferior a los 30.000 ciudadanos norteamericanos. Puede consultarse al respecto <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista185/152.pdf>. Según cifras oficiales de 2014, pertenecientes al padrón, la cifra alcanzaría los 29.188 norteamericanos, (último acceso 22-8-16).

³¹⁴ Desde el punto de vista de este estudio, se consideran instituciones financieras españolas aquellas cuyo lugar de residencia fiscal sea España y pueda acreditarse su sujeción al impuesto de sociedades en nuestro país. Al tiempo su lugar esencial de operaciones debe ser nuestro territorio nacional, con independencia de la nacionalidad de los clientes afectados.

³¹⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2014/07/01/pdfs/BOE-A-2014-6854.pdf>, (último acceso 22-7-19).

- a) Cuenta financiera.
- b) Cuenta de custodia.
- c) Participación en el capital.
- d) Contrato de seguro.

El art. 1 aa) considera preexistente aquella cuenta abierta a 30 de junio de 2014. El primer texto antes de su firma indicaba el 31 de diciembre de 2013, pero las diferentes modificaciones para su firma y entrada en vigor llevaron a la referida fecha.

Por contraposición, una cuenta se considera nueva cuando su apertura consta desde el 1 de julio de 2014 quedando sujeta a revisión y comunicación en condiciones diferentes.

La FAQ número 6 de la AEAT ratifica la fecha del 1 de julio como bisagra a la hora de considerar las cuentas nuevas y preexistentes³¹⁶.

El apartado ee) define al “titular” del producto o cuenta FATCA. A estos efectos no se incluye la figura habitual en la banca española del autorizado en cuenta. Por otra parte, el texto señala que los representantes, custodios, dignatarios, asesores de inversiones o intermediarios no tendrán la consideración de titulares de cuenta.

El apartado ff) define un aspecto clave: la persona estadounidense o *US Person* será:

- a) La persona física con estatus de ciudadano o residente en los Estados Unidos;
- b) Las sociedades de personas o sociedades de capital constituidas en EEUU o conforme a su legislación o la de alguno de sus Estados;
- c) Los fideicomisos, si existe un tribunal estadounidense competente que pueda dictar sentencias conforme a la normativa aplicable o una o más personas estadounidenses pueden ejercer el control sobre sus decisiones importantes.

³¹⁶ La fecha para determinar si una cuenta es nueva, tanto si el titular es una persona física como si es una entidad, es el 1 de julio de 2014 en ambos casos.

No obstante lo anterior, el apartado 1 del artículo 8 de la Orden establece que las cuentas nuevas que se abran con posterioridad a 30 de junio de 2014 por clientes personas físicas que mantengan abiertas en la institución financiera española obligada a comunicar información una o varias cuentas a dicha fecha, podrán ser consideradas como cuentas preexistentes siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el mismo.

Resulta sorprendente la técnica jurídica por la que, como texto supletorio para interpretar estos conceptos, se nos remita al Código Tributario estadounidense. Lógicamente esto no facilita mucho la labor jurídica española ni aclara demasiado a las IF que deben conocer la Ley y aplicarla después.

La situación se torna ardua cuando se traslada el concepto de Persona estadounidense específica (*Specified US Person*). Se define por exclusión, es decir, como todas aquellas “distintas de” y se enumeran hasta doce tipologías propias de la legislación tributaria estadounidense como sociedades de capital, operadores de futuros o planes de jubilación individuales entre otros.

Para la banca y aseguradoras es trascendental el concepto de la “entidad vinculada” como aquella que controla a otra a través de la participación directa o indirecta en más del 50% del capital o más de 50% de sus derechos de voto. (ap.kk)

A continuación se tratan las personas que ejercen el control de una entidad o persona jurídica. Por una parte, se nos remite a las normas del Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Capitales (GAFI), para conocer esta circunstancia, es decir, personas que ostentan más del 25% del capital de la sociedad en cuestión. Por otra, en los casos de fideicomiso, la persona de control será el fideicomitente, los fiduciarios o beneficiarios que tenga “el control efectivo” (capacidad y poder para decidir y tomar decisiones en esta figura jurídica)³¹⁷.

Para paliar algunas de las críticas vertidas sobre el FATCA originario, el art. 1.2 concluye que para la interpretación de los términos del Acuerdo “prevalece el significado atribuido por la legislación fiscal aplicable de la parte (que lo aplica) sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de esa parte”. Confusa manera de permitir que cada Estado aplique y complete con su legislación el Tratado en caso de necesitar aclaración.

³¹⁷ Hemos de señalar que, desde nuestra experiencia y conocimiento del sector, pocos fideicomisos hasta la fecha se han localizado y reportado por el grueso de la banca española, siendo hasta la fecha, un aspecto poco tratado por la doctrina y jurisprudencia.

El art. 2 desglosa la obligación de obtener, en primer término, e intercambiar información en segundo término de ciertas cuentas por parte de ambos países, siguiendo el art. 27 del CDI.

Se diferencia entre la información que debe reportar España sobre cuentas estadounidenses (compuesta por siete datos) y EEUU sobre cuentas españolas (compuesta por seis). Se constata, por tanto, a través del número y la tipología de datos requeridos, una asimetría en la información intercambiada.

España, a través de su Autoridad competente, la AEAT y las instituciones financieras españolas ha de remitir, cuando se trate de un cliente o cuenta estadounidense, los siguientes datos:

- 1) Tratándose de personas físicas: nombre, domicilio y NIF estadounidense³¹⁸, es decir, el TIN. En caso de personas jurídicas nombre, domicilio y TIN de cada persona de control norteamericana;
- 2) Número de cuenta;
- 3) Nombre y número identificador de la IF española obligada a reportar. Se trata del número de registro otorgado para su funcionamiento por el Banco de España a cada entidad;
- 4) Saldo o valor de la cuenta y en caso de cancelación en el año en cuestión su saldo inmediatamente anterior a tal circunstancia;
- 5) Para los supuestos de cuenta de custodia se añade a lo anterior el importe bruto en concepto de dividendos y otras rentas en relación a los activos depositados en cuenta y los ingresos brutos totales procedentes de la enajenación o reembolso de bienes pagados o debidos en cuenta en el año en año civil en cuestión;
- 6) Para los supuestos de cuenta de depósito se informará además el importe bruto total de intereses pagados o debidos en la cuenta durante el año civil u otro

³¹⁸ *US Tax Identification Number* (TIN): El TIN es el número de identificación fiscal en EEUU; para personas físicas corresponde al número de la Seguridad Social (SSN). Para un extranjero residente que no tiene ni reúne los requisitos para obtener un SSN, el TIN corresponde al número de identificación personal ante el IRS, el ITIN. El empresario por cuenta propia puede aportar el SSN o su *Employer Identification Number* (EIN) siendo preferible el SSN. Para personas jurídicas el TIN será el número de identificación del empleador (EIN).

periodo de referencia. Hablamos de importes brutos sin atender a la cantidad que cada Estado libremente puede retener fiscalmente dentro de su soberanía fiscal; esta medida permite no interferir y conocer los rendimientos sin distorsión alguna entre ambos países.

Las obligaciones de información para las instituciones financieras norteamericanas consisten en:

- 1) Nombre, domicilio y NIF español de todo residente en España titular de una cuenta. Nótese la clara diferencia sobre la obligación para las IF americanas: aquí se habla de residentes en España (no sólo los nacionales españoles) sino aquellos que tiene NIF español y residan en España. Entendemos que busca el criterio de residencia que ya sabemos no es habitual en la legislación norteamericana; Y si nos encontramos a un nacional español (con pasaporte y DNI) con cuenta en EEUU que no sean residente en España, ¿no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley para ser objeto de *reporting*? ¿Y si ese nacional además tiene o alega tener otra residencia u otra doble nacionalidad? Pensamos que estaría fuera del ámbito de la norma y que no obligaría a las IF estadounidenses a indagar más pues no olvidemos que EEUU no es firmante de los acuerdos CRS de la OCDE ya que sostiene que estos se han construido sobre la base y filosofía de FATCA. Sin embargo, como acabamos de señalar, no afectan por igual y mantienen una gran diferencia conceptual: nacionalidad frente a residencia;
- 2) Número de cuenta;
- 3) Nombre y número de la IF estadounidenses donde se halle la cuenta;
- 4) Importe bruto de intereses y dividendos pagados o debidos;
- 5) Un cajón de sastre: el importe bruto de otras rentas de fuente USA pagadas o debidas en cuenta en tanto se hallen sujetas a comunicación de información según el Código Tributario norteamericano; es decir, según decisión de las Autoridades Tributarias americanas podrían ser objeto de comunicación otras rentas americanas del ciudadano español en cuestión. Lo cierto es que es algo impreciso jurídicamente salvo que conozcamos en profundidad el Capítulo 3 a 61 (Subtitulo A) del citado Código, y lo que sería más complejo, tener

constancia de sus actualizaciones. En la práctica esto no resulta sencillo para la otra parte del Tratado (Autoridad Tributaria española).

En conclusión, lo más preocupante de este artículo es la asimetría de calidad y profundidad de los datos que por ambas partes han de ser intercambiados. La especificidad de la norma es sensiblemente más gravosa para las IF españolas que para las norteamericanas. Y nos cuestionamos si esta podría ser la base para incumplir, si no la letra, al menos el objetivo del Tratado: remediar la evasión fiscal en ambas orillas del Atlántico.

El art.3 vendría a ratificar nuestra opinión, al enmendar o igualar ambas obligaciones para ambos tipos de cuentas, aseverando que cada parte puede determinar con respecto a su legislación tributaria (no solo la norteamericana como se afirmaba en art.2) “el importe y naturaleza de los pagos efectuados en relación a una cuenta...“.

La primera información corresponde a 2014 y debe expresarse en la moneda en que se encuentre, sea cual sea, e independientemente del país donde se halle.

El art. 3.3 insiste en la asimetría desde el punto de vista temporal estableciendo diferentes y más nutridas obligaciones para las IF españolas que para las estadounidenses. El ap.6 del art. 3 nos conduce al Acuerdo entre Autoridades Tributarias de 15 de enero de 2016, que desarrolla los procedimientos internos entre ambos Gobiernos, para una vez obtenida la información, reenviarla a la otra Autoridad. La base jurídica para ello es el art. 26 del Convenio de Doble Imposición entre ambas naciones, que será aplicado sin menoscabo de la confidencialidad de la misma.

El más trascendente de los artículos de este Acuerdo Intergubernamental es el 4.

Con una redacción algo farragosa, señala que las obligaciones de las instituciones financieras españolas pasan por cumplir los ya comentados arts. 2 y 3, no estando sujetas a retención siempre que:

- a) La institución financiera identifique cuentas estadounidenses sujetas a información y comunique la misma anualmente a la AEAT en tiempo y forma;
- b) Para 2015 y 2016 comunique además los nombres e importes realizados a toda IF no participante de cualquier parte del mundo. Esta obligación exige que cada IF tenga en su Unidad especializada un seguimiento y control, a través de la web

del IRS, de aquellas IF con las que trabaja y su situación actual respecto a FATCA. Adicionalmente algunas instituciones han optado por solicitar formularios y auto declaraciones a aquellas contrapartes con las que trabajan;

- c) Precisamente, en línea con lo anterior, haberse registrado ante el IRS;
- d) Si la IF española interviene como intermediario cualificado con obligación de retener, como sociedad extranjera retenedora o como fideicomiso extranjero retenedor, habrá de retener un 30% sobre los rendimientos generados en la inversión (pagos) de fuente norteamericana.

El texto suspende la aplicación de las cuentas “recalcitrantes”, pero observamos que se trata de una circunstancia cuya potestad ostenta el IRS, por lo que se sobreentiende que tal calificación no se da en EEUU para cuentas españolas. La suspensión tiene un doble efecto: evitar la retención correspondiente y evitar el cierre de la cuenta. Como veremos al tratar el CRS, la legislación de desarrollo española habla de “bloqueo” y no cierre, término propio de las normas de prevención de blanqueo de capitales.

Para evitar que las IF con filiales vinculadas (o sucursales) en países no firmantes y con habituales malas relaciones políticas y comerciales con EEUU, como Venezuela o Irán, puedan afectar a un grupo bancario, se aplica la regla contenida en el art. 4.5: prescribe que la matriz de la institución financiera seguirá siendo cumplidora siempre que mantenga sus obligaciones para sí y el resto del grupo.

El art. 5 permite, salvo mejor criterio del Acuerdo entre autoridades competentes, que una Autoridad (española o estadounidense) consulte directamente a una IF (española o estadounidense) cuando crea que se ha producido un error menor o de tipo administrativo. Para los supuestos de incumplimiento significativo se requiere que una Autoridad competente actúe a petición de la otra aplicando su normativa interna si tal caso se produce. Solo para el caso de que el incumplimiento sea de parte española (¿y qué ocurre con la parte norteamericana?) y no se resuelva en dieciocho meses desde la primera notificación emitida por EEUU, el IRS considerará a la IF como no participante y será incluido en una “lista negra” de instituciones con idénticas circunstancias. Tal “lista negra” por el momento no se ha puesto en marcha, entre otras razones, porque dudamos de su legalidad incluso en el sistema norteamericano. Es lícito crear una base de participantes con su número de registro, pero resulta más comprometido señalar a

aquellas instituciones financieras que han sido participantes y han dejado de serlo por causa de incumplimiento. El mismo artículo en su apartado 3 permite a las IF recurrir a terceras partes para cumplir con sus obligaciones, es decir, a contratar a asesores externos cualificados que presten el servicio. En la práctica bancaria española se ha optado masivamente por el asesoramiento puntual y la creación de unidades y personas de cada entidad que han implantado internamente las diferentes partes de la normativa según necesidades específicas de cada una.

El art. 6.1 certifica la existencia de una divergencia en la reciprocidad de suerte que Estados Unidos” reconoce la necesidad de lograr un nivel equivalente en la reciprocidad del intercambio automático de información con España”. Se trata de una declaración de intenciones y el reconocimiento expreso de una situación al tiempo que un punto de partida para la mejora de la cooperación y las relaciones entre ambas naciones. En idéntico sentido, y siguiendo la nota del Ministerio de Hacienda de 14 de enero de 2013³¹⁹, la negociación de FATCA y la revisión del CDI ha servido para fortalecer y reactivar más las relaciones comerciales entre ambos países.

El art. 6.2 expone el compromiso para encontrar un criterio alternativo a los ingresos brutos y los pagos con origen estadounidense dirigidos a una institución financiera no participante en FATCA. Se reconoce que suponen una carga en el cumplimiento, como de hecho pueden atestiguar las instituciones financieras españolas.

A nuestro juicio, el punto 3 del art. podría ser el más comprometido de todo el IGA, si tomamos su afirmación de lograr, sobre la base de FATCA, una adaptación junto a la OCDE y la UE de un modelo común para el intercambio automático. Ese estándar, aunque no lo mencione el Acuerdo, se llama *Common Reporting Standard* (CRS) y de forma muy significativa EEUU no lo ha firmado. Las razones podrían ser de naturaleza variada. Por una parte, el reconocimiento y la interacción de datos de ciudadanos norteamericanos con ciertos países; razones de seguridad nacional y lucha contra el terrorismo habrían desaconsejado permitir el intercambio de datos así como los sistemas de transmisión de estos en tiempos donde la ciber-seguridad es la mayor de las preocupaciones de los grandes países del mundo.

³¹⁹ España y EEUU firman el Convenio para evitar la doble imposición y la evasión fiscal. Disponible en: <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2013/S.E.%20HACIENDA/14-01-13%20Firma%20Convenio%20Doble%20Imposicion-EEUU.pdf> (último acceso 23-8-16).

Por otra parte, desde el 1 de enero de 2017 no se podrán abrir cuentas en España o EEUU sin el consiguiente NIF o TIN respectivamente.

El ya citado art.7 concede la cláusula de nación más favorecida para España y sus instituciones financieras con respecto a otros IGA firmados posteriormente y será EEUU quien notifique directamente a España la circunstancia que permita su aplicación.

Posteriormente el Ministerio de Hacienda ha determinado que solo por expreso pronunciamiento del Ministro de Hacienda podrá ser aplicada tal cláusula no pudiendo invocarse directamente por los administrados. El artículo consagra el mecanismo para la posible modificación del Acuerdo “mediante consentimiento mutuo y por escrito”.

El art. 10, curiosamente poco destacado por la escasa doctrina que se ha ocupado de este tema, señala que antes de 31 de diciembre de 2016, las partes deberán abordar posibles modificaciones, según las exigencias del art. 6 ya comentado. De nuevo aquí se abre una puerta para la constante y necesaria revisión y actualización del Acuerdo, considerado como un cuerpo jurídico vivo y no estático. Pocas normas nacen con una previsión expresa de ser revisadas y mejoradas en tres años.

El Anexo I recoge con detalle los procedimientos de diligencia debida sobre cuentas estadounidenses sujetas a comunicación así como los establecidos para los pagos realizados a IF no participantes. Nada se detalla de las cuentas españolas en EEUU y su procedimiento de diligencia debida por las IF norteamericanas.

En su parte general destacamos los siguientes aspectos por su impacto en el quehacer diario de una IF:

- a) Conversión de la expresión dólares, es decir, cuando el acuerdo habla de dólares se debe entender la idea de su correspondiente contravalor en euros. Idéntico proceder adoptaremos si la cuenta a reportar se expresa en otra moneda que no sea el euro;
- b) Los saldos y umbrales se entienden referidos al último día del año civil revisado;
- c) La cuenta norteamericana es considerada “desde su fecha de identificación como tal”, esto implica que la cuenta americana mientras no se consiga acreditar

confiere un margen para su catalogación como tal, de suerte que algunos procedimientos, como el bloqueo de cuentas, quedarían en un limbo jurídico;

- d) Se permite que una IF española opte por aplicar los procedimientos norteamericanos (las *Final Regulations*) para conocer si una cuenta se encuentra sujeta a comunicación de información o si una IF es o no participante. El problema radica en saber qué juez conocería de una reclamación en este caso donde se sustancia con leyes americanas o expresándolo en otros términos, hasta qué punto esta facilidad no crea un problema jurídico al aplicar la restringida complementariedad.

El tratamiento de cuentas Preexistentes requiere ciertos comentarios pormenorizados:

Las cuentas no sujetas a revisión, identificación o comunicación de información sobre las que ninguna actuación o diligencia debe aplicarse son:

- a) Cuentas de depósito con saldo o valor igual o inferior a 50.000 dólares estadounidenses;
- b) Contratos de seguro con valor en efectivo o anualidades que no superen los 250.000 dólares 31 diciembre de 2013 (esta fecha se extendió después a 30 junio de 2014);
- c) Cuentas de persona física que no excedan de 50.000 dólares a 30 junio de 2014;
- d) Contratos de seguro que no puedan ser vendidos a residentes estadounidenses conforme a las leyes de ambos países. Sorprende que mencione la expresión “residente estadounidense” en vez de contribuyente o ciudadano norteamericano.

A continuación se definen las cuentas de menor valor como aquellas preexistentes de persona física que a 30 de junio de 2014 superen los 50.000 dólares (o los 250.000 para los contrato de seguro con valor en efectivo o contratos de anualidad), pero no exceden de 1 millón de dólares.

En contraposición, las cuentas de mayor valor serán aquellas que superan el millón de dólares a término de un ejercicio o que, no haciéndolo, llegan a alcanzar o superar tal cifra al concluir un periodo revisado.

Para facilitar la gestión de las cuentas de menor valor (en la práctica las más numerosas) se ha diseñado un sistema de “Indicios” en la búsqueda de archivos electrónicos. Estos indicios o señales funcionan como presunciones de americanidad (*sic*) de un cliente en tanto a sus circunstancias personales. Se trata de pautas definidas para seleccionar e identificar clientes que pudieran ser norteamericanos y cuyas circunstancias serán objeto de revisión y comprobación³²⁰.

Caso de no hallarse indicios de vinculación con Estados Unidos no se requiere ninguna actuación añadida por parte de la IF española, salvo cambio de circunstancias en el cliente.

La norma deja patente que un indicio no supone obligación de informar sobre la cuenta y el cliente. De hecho, se enumeran supuestos donde la existencia de un indicio puede ser mitigada o descartada. Así destacamos:

- a) La presentación de un certificado acreditando que su titular no es ciudadano estadounidense ni residente fiscal en EEUU bien en un formulario W8 (el oficial del IRS) o cualquier otro modelo similar. No ha sido fácil aclimatarse a estos formularios ajenos al sistema bancario y tributario español. Ha sido preciso comprenderlos para poder después trasladar la información que se pretendía lograr. En este sentido, podría decirse que las unidades de servicios centrales de cada institución financiera encargada de gestionar FATCA han realizado una labor de exégesis de la normativa, principalmente en dos foros muy activos y con capacidad de relación y peso ante la Administración Tributaria (AEAT) y la

³²⁰ “1. Búsqueda en los archivos electrónicos. La Institución financiera española obligada a comunicar información debe revisar los datos susceptibles de búsqueda electrónica que posea respecto de cualquiera de los siguientes indicios de vinculación con Estados Unidos:

- a) Identificación del Titular de la cuenta como ciudadano o residente estadounidense;
- b) Indicación inequívoca de un lugar de nacimiento estadounidense;
- c) Domicilio o dirección postal actual estadounidense (incluido un apartado de correos estadounidense o una dirección estadounidense para la recepción de correspondencia);
- d) Número de teléfono actual estadounidense;
- e) Órdenes permanentes de transferencia de fondos a una cuenta abierta en los Estados Unidos;
- f) Un poder notarial de representación vigente o una autorización de firma concedida a una persona con dirección estadounidense; o
- g) Una dirección para la recepción de correspondencia o una dirección para la retención de correspondencia que constituyan la única dirección que conste en los archivos de la Institución financiera española obligada a comunicar información respecto del titular de la cuenta. En el caso de las Cuentas preexistentes de persona física que sean Cuentas de menor valor, si la dirección para la recepción de correspondencia está fuera de Estados Unidos no se considerará indicio de vinculación con Estados Unidos.”

Dirección General de Tributos: la CECA y la AEB³²¹. Por su parte, el Grupo de Trabajo compuesto por todo tipo de instituciones financieras, representadas en España dentro del Centro de Cooperación Interbancaria (CCI), ha supuesto otro puntal destacado a la hora de aplicar y solicitar aclaraciones necesarias con soluciones imaginativas y rigurosas en tal sentido³²²;

- b) Un pasaporte no estadounidense u otra certificación de un Estado que pruebe que el ciudadano es nacional de un Estado diferente de EEUU;
- c) Copia de un certificado de pérdida de nacionalidad estadounidense³²³ o explicación razonable que justifique por que se carece del mismo pese a haber renunciado a la misma o bien razones por las que el titular de la cuenta no obtuvo la ciudadanía norteamericana al nacimiento;
- d) Tratándose de dirección postal, domicilio o un teléfono estadounidense, una declaración de titular o un pasaporte no USA son causa para descartar tales indicios;
- e) Para los supuestos de órdenes permanentes³²⁴ de transferencia de fondos a cuenta abierta en EEUU, los elementos que podrían descartar tales indicios son la declaración del titular acreditativo de no ser ciudadano americano u otra prueba documental en tal sentido. Tales elementos son idénticos para los casos de titulares de cuenta que contengan un poder notarial de representación o autorización de firma a persona con dirección en EEUU o reciba allí correspondencia.

³²¹ CECA: Confederación Española de Cajas de Ahorro. AEB: Asociación Española de la Banca.

³²² Por motivos de protección de datos y confidencialidad no es posible aportar en este trabajo actas y contenidos directos de estas reuniones sectoriales mensuales que comenzaron a finales en 2013; no obstante, podemos trasladar parte de su esencia para conocer parte de la actuación de las entidades que dirigen la aplicación práctica de las legislaciones FATCA y CRS en nuestro país y de la que tenemos el honor de formar parte.

³²³ Caso del ex alcalde de Londres, Boris JOHNSON, al renunciar a su ciudadanía norteamericana ante la Embajada de Estados Unidos en Londres, con el revuelo mediático consiguiente, siendo acompañado por los marines, que vigilaban la sede diplomática, a la puerta de la misma, en un gesto político con alegato anti norteamericano incluido.

³²⁴ En un nutrido sector de la banca española tal circunstancia técnica no es posible; tan solo podían realizarse transferencias periódicas entre cuentas españolas siendo preciso para las extranjeras (al menos las estadounidenses) repetir periódica y manualmente tales operaciones. Esto supuso descartar este indicio para numerosas Cajas de Ahorros, entre otras.

Finalmente y sobre las cuentas de menor valor se marca un límite temporal para su revisión: el 30 de junio de 2016. En tal sentido algunas entidades optaron, para evitar cargas administrativas, por adelantar (antes de 2017) tales plazos, enviando para el *reporting* el total de cuentas preexistentes tanto de alto como de bajo valor.

Excepto para los casos de las cuentas de depósito, que por su propia naturaleza tienen un plazo, el resto de cuentas deberá seguir tratándose como cuentas sujetas a comunicación de información en años posteriores salvo se demuestre que su titular deja de ser estadounidense.

Las cuentas de mayor valor son objeto de tratamiento en el apartado D. El criterio con mayor impacto consiste en la validez de la revisión electrónica de los archivos y bases de datos de una IF española sin necesidad de búsqueda manual en archivos o bases en papel siempre que tales bases de datos estén capacitadas para capturar la información siguiente:

- a) Nacionalidad o residencia del titular de la cuenta;
- b) Domicilio y dirección del titular;
- c) Números de teléfono del titular de la cuenta;
- d) Órdenes de transferencia, poderes notariales y direcciones para recepción de correspondencia o retención de la misma.

Como puede deducirse, estos cuatro casos se encuentran perfectamente incluidos desde hace años por la totalidad banca española que además los mantiene en formato electrónico en su mayoría³²⁵.

La norma contiene una especialidad (apartado 4) destinada a la banca privada y sus gestores personales para los casos de cuentas de mayor valor, siempre que se tenga conocimiento de que tal cuenta sea de persona estadounidense específica.

³²⁵ La gran dificultad estriba en mantener una base de datos actualizada en lo referente a los poderes notariales de las sociedades y clientes no solo estadounidenses sino españoles y del resto de nacionalidades. Razones tecnológicas (espacio, grabación de datos) y jurídicas (comprensión de escrituras de poderes y estatutos con inscripción mercantil) hacen de este un proceso complejo y específico.

Ha de matizarse que el hecho de que una cuenta resulte estadounidense tras la revisión consiguiente no supone automáticamente que sea objeto de *reporting* ya que otros factores han de tenerse en cuenta (p. ej. umbrales) para llegar a tal consideración.

El plazo límite para la revisión de cuentas de mayor valor quedó fijado finalmente el 30 de junio de 2015.

Para aclarar el calendario aplicable a las instituciones financieras españolas según nuestro IGA, la AEAT publica un listado periódico de preguntas frecuentes que, caracterizadas por su agilidad, permiten orientar al lector sobre el espíritu y el criterio a seguir en la aplicación de la norma (*Frequently Asked Questions* FAQs)³²⁶. Dentro de estas se distinguen tres situaciones sobre personas físicas y dos sobre jurídicas.

Así en el caso de cuentas preexistentes de persona física de menor valor, la revisión debía finalizar el 30 de junio de 2016 y para las de mayor valor el 30 de junio de 2015. En los supuestos de cuentas preexistentes de entidad con saldo o valor que excede de 250.000 dólares a 30 de junio de 2014, la revisión debía haber concluido a 30 de junio de 2016 y en el caso de aquellas que a 30 de junio no excedían de 250.000 pero exceden de 1 millón dólares a 31 de diciembre de 2015 o año posterior, los procedimientos de revisión han de finalizar en plazo de seis meses contados a partir de la conclusión del año natural de que se trate.

Por consiguiente, esta actuación supone una vigilancia constante y permanente de las bases de datos y posiciones de los clientes de una IF, no sólo los norteamericanos y sus posibles cambios de estatus (ciudadanía y saldos) sino también revisión de aquellos pertenecientes a cada uno de los países y jurisdicciones del CRS.

El apartado III de este Anexo señala las cuentas nuevas de persona física que quedan fuera de la revisión identificación y comunicación de información al objeto de simplificar la aplicación de FATCA en España.

Según su tenor, las cuentas de depósito que no excedan de 50.000 dólares estadounidenses, al finalizar el año civil (u otro periodo de referencia) en curso, no serán objeto de revisión como tampoco lo serán los contratos de seguro con valor en efectivo que no excedan de idéntica cantidad y periodo.

³²⁶ http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Novedades/2015/Mayo/22_05_2015_Modelo_290_FATCA_nuevas_preguntas_frecuentes.shtml (último acceso 16-8-16).

Ante un cambio de circunstancias sobre la información o dudas sobre la veracidad de la misma en relación a la cuenta y su titular, la IF española deberá recabar nueva declaración válida y en caso de no poder hacerlo la cuenta será tratada como cuenta reportable. Podría afirmarse que en este supuesto el *in dubio* no es *pro reo* (Apartado D).

Del apartado IV destacamos las cuentas de entidad pasiva sujetas a comunicación siempre que en ellas la(s) persona(s) que ejerzan el control sea ciudadano o residente estadounidense. La regulación en este punto se apoya en la legislación sobre conocimiento del cliente (se detienen en el ap. VI B.1) y anti blanqueo de capitales así como los formularios W8 (en sus distintas modalidades) que el IRS mantiene para acreditar la tipología de persona jurídica con la que estamos tratando. En su mayoría se trata de tipologías que no mantienen correlación alguna con la normativa civil, mercantil y tributaria española, por lo que ha sido preciso una labor de exégesis y catalogación de sociedades según los códigos CNAE de actividad. Actualmente, existen diversos proveedores que ofrecen un sistema informático de clasificación de sociedades a las IF españolas. Los más destacados optan por una revisión de criterios contables (atendiendo al balance) o una revisión de criterios jurídicos (forma societaria junto a la información actualizada que el cliente proporciona en el proceso de apertura).

Otro aspecto que ha suscitado controversias es la determinación de las personas que ejercen el control sobre una persona jurídica o entidad. Para tal consideración de nuevo hemos de basarnos en la legislación contra el Blanqueo de Capitales y la existencia de información obtenida en procesos de conocimiento de clientes así como los formularios norteamericanos W8 y W9.

La FAQ número 16 nos recuerda que se deben interpretar, para decretar esta circunstancia de control, el porcentaje del 25% señalado por el GAFI.

Al tratar las cuentas nuevas de entidad (Apartado V) resaltamos dos aspectos:

- Por una parte, no es posible aplicar umbrales a estas cuentas de suerte que con cualquier importe son objeto de comunicación;
- Por otra, la introducción detallada de los conceptos de Persona Específica Estadounidense (*Specified US Person*) y los diferentes tratamientos para las entidades activas y pasivas no financieras apoyados en la estructura contable de cada

uno de los mismos sustentados a su vez en fuentes públicas (registros mercantiles entre otros) o de otro tipo si están a disposición de la propia IF que analiza el caso.

Siguiendo el ap. VI B.3, se considera ENF Pasiva a toda entidad no estadounidense distinta de IF que no sea activa o una sociedad de personas extranjera retenedora o un fideicomiso extranjero retenedor según las leyes norteamericanas.

El B4 indica que “Activa” sería (entre otros nueve tipologías) aquella entidad no estadounidense en la cual menos del 50% de la renta bruta de la misma es renta pasiva menos del 50% de sus activos en el último año precedente son activos generadores de rentas pasivas o su propósito sea generarla.

Quizás la norma, sabedora de la dificultad de los conceptos introducidos y las constantes remisiones a otras legislaciones y sistemas jurídicos, recalca (ap. C.3) que en el caso de una ENF Pasiva sin ninguna persona de control estadounidense (ciudadanía o residente) la cuenta no será objeto de comunicación de información.

De nuevo reiteramos, a la luz de este precepto, la importancia de un certero análisis y mantenimiento de una base de datos donde las personas físicas (ejercen o no control sobre sociedades) han de ser meridianamente categorizadas según su nacionalidad y residencia, manteniendo ésta actualizada ante cualquier cambio o modificación de datos sustancial. Si las IF españolas tienen claro este criterio harán un más que correcto cumplimiento de FATCA posicionándose ventajosamente para la aplicación de CRS³²⁷.

El ap. 4C define los pagos de IF no participante efectuados al titular y su régimen de comunicación siendo objeto de información. De nuevo volvemos al polémico asunto del tratamiento de los temidos (por su complejidad conceptual y técnica) *passthru payments*.

³²⁷ En tal sentido véanse propuestas comerciales y técnicas de alguna compañía norteamericana que pone todo el énfasis al analizar los datos sobre la base de la información declarada y firmada por el cliente sin contrate con otras fuentes públicas o archivos que no sean los de la propia IF que los reportara posteriormente. Este enfoque, no por simple novedoso y contemplado tanto en FATCA como en CRS, mitiga alguna de las preocupaciones de la banca internacional y los expertos en la materia como son el impacto en la confianza del cliente, los riesgos reputacionales en los que pueda incurrir la IF (se declaran datos aportados y actualizados por el propio cliente) costes por implantación de normativas y falta de claridad por los reguladores respecto a la terminología jurídica empleada. No debe olvidarse además que la información que se recoge del cliente no es estática únicamente (nombre, NIF dirección y número de cuenta) sino que incluye componentes dinámicos como saldos, dividendos, intereses, etc.).

El Anexo concluye con normas de agregación de saldos para personas físicas donde esencialmente se permite tal agregación si los sistemas computarizados lo recogen partiendo del NIF del cliente. Idéntica situación se contempla para las personas jurídicas y sus entidades vinculadas partiendo del número de cliente o NIF.

La norma sobre conversión de moneda determina que el tipo de cambio del dólar estadounidense será el publicado el 31 de diciembre de cada año en el Boletín Oficial de Estado (sea cual sea la fecha de la publicación del mismo, circunstancia que por fechas navideñas suele acontecer en los primeros días de enero)³²⁸.

Aunque será CRS y el conjunto de Directivas comunitarias sobre intercambio, el paquete legislativo que con más énfasis incida en esto, las pruebas documentales aceptadas presentan amplia variedad. Desde un certificado de residencia expedido por Autoridad competente en la Administración Tributaria del país de residencia del beneficiario, hasta la expedida por organismo del Estado autorizado para ello y en el que conste su nombre, domicilio y sede estadounidense.

Es precisamente lo que sostiene la FAQ número 19 al entender por prueba documental del apartado D.1 de la Sección VI “un certificado de residencia emitido por organismo del Estado autorizado al efecto”.³²⁹

El Anexo II de este Acuerdo FATCA entre EEUU y España tiene una estructura simple y concisa: tres apartados.

El I se destina a definir los beneficiarios efectivos exentos³³⁰, es decir, aquellas Instituciones Financieras Españolas (IFE) no obligadas por FATCA. Así resulta lógico

³²⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2015/01/03/pdfs/BOE-A-2015-56.pdf> (último acceso 30-8-16).

Resolución publicada el 3 de enero de 2015 para el tipo de cambio de 31 diciembre de 2014.

Resolución publicada el 5 de enero de 2016 para el tipo de cambio de 31 diciembre de 2015.

<https://www.boe.es/boe/dias/2016/01/05/pdfs/BOE-A-2016-113.pdf> (último acceso 30-8-16).

³²⁹ FAQ 19:

http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Modelos_Procedimientos_y_Servicios/Ayuda_Modelo_290/Informacion_general/Preguntas_frecuentes/Como_debe_entenderse_la_prueba_documental_del_apartado_D_1_de_la_seccion_VI_del_anexo_I_del_Acuerdo_.shtml:

“Debe entenderse referida a un certificado de residencia emitido por un organismo del Estado autorizado al efecto, como por ejemplo, una administración u órgano de la misma, o una entidad local del país del que el beneficiario alega su residencia”, (último acceso 3-8-17).

³³⁰ Compárense los Beneficiarios Efectivos Exentos de este Anexo con aquellos citados en el Formulario W9 del IRS para definir a estos entre los cuales aparecen menciones sobre todo fondo fiduciario común

que el Banco de España, Instituto de Crédito Oficial, el Consorcio de Compensación de Seguros, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y ciertos fondos y planes de pensiones (y ciertas mutualidades de previsión social) se vean incluidos entre las mismas³³¹. La razón real es que difícilmente estas IF se dedican a ocultar fondos de origen norteamericano y a colaborar en el fraude fiscal, sino más bien al contrario.

El apartado III señala directamente productos, que por su naturaleza y temporalidad, se consideran exentos de comunicación de información, es decir, productos no reportables para FATCA (aunque los suscriba un ciudadano estadounidense y rebasen los umbrales que se han mencionado en sus correspondientes apartados). Se trata de:

- 1) Planes individuales de ahorro sistemático³³² y planes de previsión asegurados;
- 2) Planes de previsión social empresarial;
- 3) Seguros de dependencia;
- 4) Cuentas cuyo titular sean los planes de pensiones del ap. I;
- 5) Seguros colectivos que instrumentan compromisos de pensiones entre empresa y trabajadores según un convenio colectivo entre ambas partes.

El ap. II define las instituciones financieras cumplidoras o *Deemed compliant*. Se trata de instituciones financieras españolas no obligadas a comunicar información según el Código Tributario estadounidense (Sección 1471), pero que revisten la consideración de IF extranjeras cumplidoras. Se trata de pequeñas IF con clientela local (en España pequeñas cajas rurales o de ahorros o bancos muy minoritarios y sectorizados) que han de reunir entre otros algunos rasgos definitorios:

- a) No tener lugar de negocios fijo fuera de España;

definido según la Sección 584(a) del Código Tributario estadounidense así como todo fideicomiso exento de imposición en aplicación de la Sección 664 del mismo Código. De tal comparación destacamos dos ideas: De una parte, se enfrentan sistemas que contemplan instituciones jurídicas diversas con difícil correlación y de otra, el IGA español simplifica notablemente la labor técnica de aplicación de este conjunto normativo.

³³¹ En un alarde propio de los neófitos conversos que acaban de descubrir su fe en FATCA, no faltó entre las IF españolas alguna de gran tamaño y presencia internacional que pretendía solicitar un certificado FATCA sobre su no americanidad al propio Banco de España para un “cumplimiento estricto del tenor literal de las normas”... (*sic*).

³³² Conocidos como PIAS, con ciertas similitudes a los planes de pensiones, aunque con menor desgravación, permiten reembolsos transcurridos ciertas fechas desde su apertura.

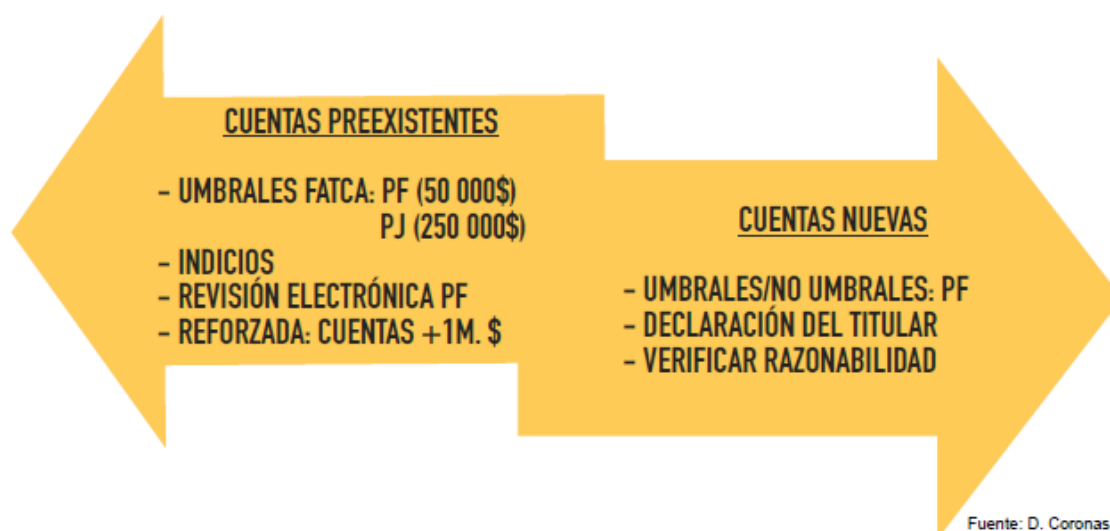
- b) No captar titulares de cuentas fuera de España (excluye los ciber sitios);
- c) Al menos el 98% de la clientela debe ser titular residente en España u otro Estado de la UE;
- d) No abrir cuentas a personas estadounidenses desde el 1 de julio de 2014 (el texto original señalaba el 1 de enero) salvo que sean residentes en España.

En resumen, nos referimos a Instituciones Financieras con clara vocación local y de escaso impacto en la clientela norteamericana en España³³³.

DUE DILIGENCE

BIG BANG FATCA: 30 JUNIO 2014

BIG BANG CRS: 1 ENERO 2016



2.3.1.5.2 Normas para Reporting.

³³³ Téngase en cuenta el contenido de esta FAQ: ¿Cómo debe interpretarse el requisito previsto en la letra b) del apartado A.1 de la sección II del Anexo II del Acuerdo respecto a las Pequeñas Instituciones financieras con clientela local?

El requisito consiste en que la institución financiera no puede tener un lugar de negocios fijo fuera de España. A estos efectos, no tiene la consideración de lugar de negocios fijo fuera de España un local fuera de España que sirva exclusivamente para funciones administrativas y que no esté anunciado a clientes. Disponible

https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Modelos_Procedimientos_y_Servicios/Ayuda_Modelo_290/Informacion_general/Preguntas_frecuentes/_Como_debe_interpretarse_el_requisito_previsto_en_la_letra_b_del_apartado_A_1_de_la_seccion_II_del_Anexo_II_del_Acuerdo_resp_clientela_local_.html, (último acceso 26-3-19).

El BOE de 2 de julio de 2014³³⁴ publicaba la Orden HAP/1136/ 2014 de 30 de junio que aprueba el modelo 290 como declaración FATCA.

El Modelo 290 supone la plasmación documental de los datos bancarios FATCA de los clientes. El Modelo estructura la información obtenida de cara al intercambio que las IF españolas realizan con la AEAT. Este “*reporting*” culmina las obligaciones que FATCA traslada a los operadores financieros tras el registro y las revisiones previas. El intercambio de la totalidad de la información a que se refiere el IGA español arrancó en 2017.

Las disposiciones de esta Orden han de ponerse en conexión con el art.37 bis del Reglamento General de gestión e inspección tributaria (RD 1065/2007), cuando impone que las IF españolas se encuentran obligadas a determinar la residencia o, en su caso, nacionalidad de las personas que ostentan la titularidad o control de las mismas. Este nuevo art. 37 bis fue introducido por el RD 410/2014 de 6 de junio.

El texto se compone de quince artículos y un solo Anexo.

El art.1 de esta Orden señala los sujetos obligados³³⁵, y excluye de la consideración de institución financiera española obligada por FATCA a:

- a) Aquellas IF del Anexo II del IGA y las gestoras de fondos de pensiones reguladas por el RD Legislativo 1/2002 de 29 de noviembre;
- b) Aquellas incluidas en el art. 1.1 letra q del IGA, es decir, nos remite de nuevo a IF extranjera considerada cumplidora, a los beneficiarios efectivos exentos o a una IF extranjera exceptuada.

El art. 3 desarrolla el art. 4 del Acuerdo al catalogar las cinco obligaciones que las IF deben cumplir para la comunicación de información:

- a) Identificar, según las reglas de diligencia debida, las cuentas estadounidenses de depósito, custodia, seguro con valor en efectivo, contratos de anualidades y participación en capital o deuda de determinadas entidades;

³³⁴ BOE núm. 160 de 2 de julio de 2014.

³³⁵ Se trata de aquellos que comentamos previamente en el art. 1.1 del IGA.

- b) Por primera vez se producen menciones a la AEAT como receptora de la información financiera de clientes y al tiempo se actualiza el calendario que determina la consideración de cuentas nuevas y preexistentes (antes y después del 1 de julio de 2014 frente a las menciones de 2013 del Acuerdo original);
- c) Comunicar a la AEAT el nombre de toda IF no participante que haya efectuados pagos en 2015 y 2016 así como el importe de los mismos.

En tal sentido no se consideraran incluidos como tales:

- Salarios y retribuciones a empleados, becas, alquileres y arrendamientos financieros;
 - Pagos donde la IFE intervenga de manera pasiva en su proceso de pago sin conocimiento de las causas que lo generan o sin custodia de los bienes referentes al pago;
 - Pagos realizados sobre operaciones de préstamo de valores, venta con pacto de recompra, futuros, swaps, opciones o similares cuya trazabilidad no permita a la IFE identificar directamente si proceden de fuente norteamericana. Es notable, en un entorno financiero internacional, la facilidad que esta exclusión supone para la banca española sin olvidar la complejidad de estos productos en su concepción e interpretación;
- d) La penúltima de las obligaciones para las IFE es el registro ante la Autoridad Tributaria norteamericana (IRS) (curiosamente un paso previo a intervenir en FATCA y por ello debería ser la primera de las obligaciones cronológicamente). El fruto de este registro es la obtención de un número global identificador para el entorno FATCA, el GIIN o *Global Intermediary Identification Number*. A mayor abundamiento puede consultarse la FAQ número 3 de la AEAT, que sintetiza la obligación de registro y los plazos al efecto para una IFE en sus diversas categorías³³⁶.

³³⁶ El registro al que hace referencia el apartado d) del artículo 3 de la Orden se realizará por medios telemáticos en la página web que el Organismo de Administración Tributaria estadounidense (IRS) ha creado a tal efecto (<https://sa.www4.irs.gov/fatca-rup/>).

El registro, al igual que el resto de obligaciones del artículo 4 del Acuerdo, es obligatorio con carácter general para todas aquellas entidades que tienen la consideración de institución financiera (IF) española

Téngase presente el Apartado 2.2 del Acuerdo entre Autoridades Competentes de 15 de enero de 2016 que asevera que una IFE podrá ser eliminada de la lista de IRS si no se resuelve el incumplimiento significativo en 18 meses a contar desde el momento en que la Autoridad competente estadounidense notifica a la española (y esta lo recibe, Apartado 4.3.2.1) tal notificación. Se trata de casos extremos, pues por lo general siempre se pretende sumar e incorporar IF y países a “un acuerdo de cooperación”, por lo que la actuación de la IF debe ser muy flagrante para que sea excluida por plazos o cualquier otra circunstancia. La consecuencia de ser eliminada de la lista de instituciones financieras cumplidoras es volver al régimen de sujeción del 30% de retenciones en origen de pagos de fuente norteamericana;

- e) Aparece de nuevo el deber de retener sobre pagos de fuente estadounidense realizados a una IF no participante diferenciándose dos supuestos en conexión con el art. 4.1:
 - Retener un 30% sobre el importe de dichos pagos si se trata de una IFE tal como intermediario cualificado (QI) que ha asumido la obligación de retener, una sociedad de personas extranjera que haya optado por retener,

obligada a comunicar información. Si no se tiene tal consideración, como, por ejemplo, en el caso de las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria, no existe la obligación de registro.

También es obligatorio el registro para las pequeñas IF españolas con clientela local del anexo II del Acuerdo que tengan obligación de comunicar información, así como para aquellas entidades que invoquen su estatus o condición de IF extranjera considerada cumplidora, cuando se requiera en la normativa aplicable dictada por el Tesoro de los Estados Unidos.

No estarán obligadas a registrarse las entidades identificadas en el anexo II del Acuerdo, por ejemplo, los fondos de pensiones, así como las instituciones de inversión colectiva que cumplan los requisitos previstos en el mismo.

En cuanto al plazo límite para efectuar el registro y obtener el correspondiente *Global Intermediary Identification Number* (GIIN), si bien con carácter general las IF deben proporcionar dicho GIIN para evitar la retención sobre los pagos efectuados desde el 1 de julio de 2014, dicha fecha límite se extiende hasta el 1 de enero de 2015 para las IF de un país con el que EE. UU. haya firmado un Acuerdo FATCA modelo 1, como es el caso de España.

http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Modelos_Procedimientos_y_Servicios/Ayuda_Modelo_290/Informacion_general/Preguntas_frecuentes/_Como_se_cumple_con_la_obligacion_de_registro__Cual_es_el_plazo_limite_para_que_las_instituciones_financieras_espanolas_se_registren_.shtml (último acceso 18-8-16).

un fideicomiso extranjero que ha optado por operar como fideicomiso extranjero retenedor.

- No retener sino facilitar al inmediato pagador la información que permita la retención y comunicación de información respecto a dicho pago.

Por lo tanto, hemos de concluir que las retenciones del 30% no han desaparecido por completo tras la aplicación del IGA y su norma de desarrollo, sino más bien se han limitado a casos muy específicos no siendo descartable un aumento de los mismos ante este reducto.

El art. 4 de la Orden desarrolla el 7 del Acuerdo³³⁷ sobre los términos más favorables. Con ese fin se descarta el año de 2013 para la recopilación y envío de información siendo 2015 sobre datos de 2014 el primero para el intercambio efectivo de información.

Por otra parte, se plasma la posibilidad de acudir a definiciones no previstas pero si coherentes con definiciones del Tesoro estadounidense. Esta afirmación es importante ya que, como hemos reiterado, en bastantes casos no solo no hay similitudes jurídicas entre figuras sino incluso desconexión entre las mismas. Poder acudir en estos casos a definiciones propias de cada sistema jurídico estatal es sin duda una facilidad pese a la compleja tarea de encontrar un marco entre dos figuras aparentemente ajenas. El procedimiento para validar estos casos puede ser un pronunciamiento legislativo expreso. Sin embargo, el camino más ágil y empleado ha sido la publicación de preguntas y respuestas (FAQ) en la web de la AEAT. Estas normas de *soft law* ganan de esta manera peso por su operatividad.

³³⁷ BOE núm. 159 de 1 de julio de 2014:

Art.7

“Coherencia en la aplicación de la FATCA a las Jurisdicciones socias

1. España recibirá el beneficio de la aplicación de todo término más favorable que los contenidos en el artículo 4 o en el Anexo I de este Acuerdo relativos a la aplicación de la FATCA a las Instituciones financieras españolas, concedido a otra Jurisdicción socia en virtud de un acuerdo bilateral conforme al que la otra Jurisdicción socia se compromete a asumir las mismas obligaciones que España descritas en los artículos 2 y 3 de este Acuerdo, y con sujeción a los mismos términos y condiciones que los allí descritos y los descritos en los artículos 5 a 9 del Acuerdo.

2. Los Estados Unidos notificarán a España dichos otros términos más favorables y los aplicarán automáticamente en virtud de este Acuerdo como si constaran en él expresamente, y serán efectivos desde la fecha de entrada en vigor del acuerdo que incorpore dichos términos más favorables.”

El art. 4.3 contiene una interacción entre las normativas FATCA y QI al permitir que, si en aplicación de los procedimientos QI, se considera que una persona no tiene estatus de *US Person* no sea preciso aplicar los procedimientos FATCA de nuevo en tal sentido. Esta circunstancia no ha sido muy usada en la banca española porque eran pocas las IF que se habían registrado como QI; por el contrario numerosas IF han comprendido la relación entre ambas normativas e incluso reforzado su presencia en QI a la luz de las nuevas exigencias publicadas en tal sentido por el IRS, tratando de no solapar sino complementar ambas normativas.

El punto 4 trata de ciertas tarjetas y líneas de crédito renovables nuevas que no han de ser consideradas a revisión y comunicación, siempre que no superen los 50.000 dólares. Recordamos que en CRS se mantiene idéntico umbral para los mismos productos y que, en nuestra opinión, se trata de una influencia de la norma de la OCDE sobre el desarrollo posterior de FATCA en esta Orden.

El punto 10 introduce una novedad al considerar como “Activa” a las entidades establecidas y que operan en su país de residencia exclusivamente con fines deportivos así como a aquellas que operan en su país de residencia y son ligas profesionales, cámaras de comercio, organizaciones sindicales, organizaciones agrícolas u hortícolas, organizaciones cívicas y promotoras del bienestar social. Se trata sin duda de una ampliación del Anexo I (Sección VI, ap. B4 i) que tiene su causa en las reivindicaciones realizadas por estas organizaciones ante las Autoridades Tributarias españolas para limitar en lo posible las cargas administrativas procedentes del cumplimiento con FATCA. Calificándolas de Activas no es preciso documentar a las mismas, y con la sola auto-declaración de las mismas quedan finalizados los trámites ante IF y la AEAT.

El resto del art. 4 se dedica a actualizar las fechas del Acuerdo FATCA entre EEUU y España (en el sentido que hemos ido señalando) que habían quedado desfasadas, tras los meses de negociación, para su adopción, publicación y aplicación.

El art. 5 legaliza el criterio de optar las IFE por la aplicación de los umbrales a la hora de confeccionar el *reporting* si bien se añade que podrá ejercerse respecto a todas las cuentas o por ciertos grupos de las mismas siempre que se dé explicación al efecto (p ej. líneas de negocio o zonas geográficas). No es preciso que la IF que opte por los umbrales comunique tal circunstancia a la Administración Tributaria tal y como se desprende de la FAQ número 9.

Por su parte el art.7 de la Orden consagra la validez de las pruebas documentales obtenidas por canales electrónicos e incluso telefónicos siempre que se pueda acreditar contenido, fecha y titularidad del cliente. En el caso del canal telefónico nos muestra un elemento innovador al que nunca se había dado validez probatoria aunque sea en este ámbito tributario. Para los casos en los que se produzca única residencia fiscal en España bastará con una declaración (“confirmación verbal”) ante la IF sobre tales circunstancias siempre que no existan indicios de vinculación con EEUU.

El aspecto de mayor interés radica en el punto 2 al enumerar la información mínima que debe reunir una declaración de titular de cuenta³³⁸:

- a) Nombre completo o razón social;
- b) Dirección completa del domicilio;
- c) País (es) / jurisdicción (es) de residencia fiscal;
- d) Número de identificador fiscal en casa país (caso de haberlo);
- e) Ciudadanía (que como sabemos no siempre coincide con nacionalidad).

De todos estos datos son precisamente ciudadanía y residencia los menos tratados, y a los que se habían prestado menos atención por parte de los operadores financieros españoles. Estamos, por lo tanto, ante conceptos clave para conocer y aplicar la legislación correctamente, y de manera especial en las cuentas de nueva apertura. Como hemos señalado, la Ley concede mayor plazo para recopilar la información de clientes ya existentes en las bases de datos de las IFE.

Como ayuda se dan por válidos ante las Autoridades españolas los modelos W-8 y W-9 propios de la Administración norteamericana que contienen la información mínima que hemos desglosado³³⁹.

³³⁸ Se trata de datos esenciales (conectados con los derechos fundamentales del ciudadano) del cliente bancario que la regulación europea de protección de datos protege tras la promulgación del RGPD. En el capítulo III nos detendremos sobre el particular.

³³⁹ El modelo W-9 se usa cuando una persona es ciudadana o extranjera residente en EEUU o cuando una sociedad colectiva o anónima está creada u organizada en EEUU o conforme a leyes norteamericanas; los caudales relictos (no extranjeros) y los fideicomisos estadounidenses completan los casos que han de firmar el citado modelo. El modelo W8-IMY se utiliza con carácter general por parte de las entidades que actúan como intermediarios por cuenta de clientes, es decir, que no son los beneficiarios finales de la inversión sino que actúan por cuenta de algún cliente titular de la misma; su utilización es habitual en

El art. 7.4 certifica que aquel cliente que “no aporta dicha declaración o documentación adicional” será objeto de *reporting* tratándose cómo cuenta estadounidense. Entendemos este criterio para los casos en los que el cliente una vez contactado y solicitada información se niega a aportarla pero ¿es igual de justo para los supuestos donde no es posible tan siquiera ese contacto? ¿Y si después de incluirlo se comprobase que el cliente no es *US Person*? Estamos hablando de supuestos reales y no casos de laboratorio, donde además pueden concurrir circunstancias como doble nacionalidad estadounidense y otra. En estos supuestos la solución no es tan sencilla ni se halla recogida en ley alguna.

En la práctica no dista de esta situación el primigenio cliente recalcitrante de los primeros textos FATCA.

Toda la documentación (pruebas, declaraciones y demás información) debe quedar a disposición de la Administración Tributaria y se establece un régimen de validez documental distinto:

- a) Las declaraciones de titular tendrán validez indefinida;
- b) Las pruebas documentales emitidas por Organismo público del Estado, las que no sean renovables y las facilitadas por IF no obligadas a comunicar información, tendrán así mismo validez indefinida;
- c) El resto de pruebas documentales tendrán validez general de tres años salvo caducidad posterior señalada en las mismas.

Un cambio de circunstancias determinará la invalidez de cualquiera de estos tres supuestos.

Por su parte el art.8 desglosa un aspecto técnico de cierta complejidad, al permitir a las IFE considerar las cuentas nuevas de personas físicas que ya mantenían cuentas en esa IFE, como cuentas preexistentes, no siendo así necesario documentar las mismas nuevamente siempre que sean tratadas todas ellas como una sola a efectos de la diligencia debida.

España dentro del ámbito de la custodia de valores estadounidenses y específicamente en el contexto de intermediarios financieros que aplican el régimen QI. El W-8BEN-E es un auto certificado para personas jurídicas.

Similar procedimiento se permite con las cuentas preexistentes de personas jurídicas o entidades respecto a las nuevas teniendo presentes las consideraciones siguientes:

- a) Comprobar la existencia de GIIN del titular o entidad en la lista publicada por el IRS;
- b) Cabe optar por determinar en primer lugar si las personas que ejercen el control de la entidad son *US Person* o no; en caso negativo no hay nada que documentar; de nuevo apreciamos aquí el ultra valor que aporta una clasificación y conocimiento riguroso en una base de datos de personas físicas; en otras palabras, si no existen ciudadanos norteamericanos no habrá personas jurídicas que informar.

Esta perceptible facilidad está siendo empleada intensivamente por la mayoría del sector financiero español en el cumplimiento de este conjunto normativo³⁴⁰.

³⁴⁰ El contenido de la FAQ 32 corrobora nuestras afirmaciones precedentes.

Con respecto a las cuentas preexistentes cuya titularidad corresponde a una entidad no estadounidense distinta de una institución financiera extranjera, el apartado 2.c) del artículo 8 de la Orden HAP/1136/2014 establece que la institución financiera española obligada a comunicar información podrá optar por aplicar en primer lugar cualquiera de las letras a), b) o c) del apartado 4 de la letra D de la sección IV del anexo I del Acuerdo.

En relación a lo anterior, la institución financiera puede optar en primer lugar por determinar razonablemente que la entidad titular de la cuenta es una entidad no estadounidense distinta de una Institución financiera extranjera que sea entidad activa basándose en la información de la que disponga o a la que pueda acceder por ser pública, en cuyo caso no tiene que realizar ninguna otra de las actuaciones previstas en dicha sección IV.D 4, no teniendo la cuenta la consideración de cuenta estadounidense sujeta a comunicación de información.

Alternativamente, la institución financiera puede determinar en primer lugar que ninguna de las personas que ejercen el control es ciudadana o residente fiscal de los Estados Unidos de América, basándose para ello en la información obtenida y que mantenga en aplicación de los procedimientos denominados *conozca a su cliente* conforme a la legislación contra el blanqueo de capitales, en cuyo caso no tiene que realizar ninguna otra de las actuaciones previstas en la mencionada sección IV.D 4 del anexo I del Acuerdo, no siendo la cuenta una cuenta estadounidense sujeta a comunicación de información.

En caso de no ser de aplicación lo previsto en los dos párrafos anteriores, la institución financiera deberá obtener una declaración del titular de la cuenta en la que se certifique si tiene el estatus de activa o pasiva.

- a. Si se obtiene una declaración del titular en la que se certifica que dicha entidad titular de la cuenta tiene el estatus de activa, la institución financiera no tiene que realizar ninguna otra de las actuaciones previstas en el apartado 4 de la letra D de la sección IV del anexo I del Acuerdo, no siendo la cuenta una cuenta estadounidense sujeta a comunicación de información.
- b. Si se obtiene una declaración del titular en la que se certifica que dicha entidad titular de la cuenta tiene el estatus de pasiva, la institución financiera debe determinar si las personas que ejercen el control sobre la misma son ciudadanas o residentes de los Estados Unidos de América, basándose para ello en los procedimientos denominados *conozca a su cliente* conforme a la legislación contra el blanqueo de capitales, salvo que la cuenta tenga un saldo superior a 1.000.000 de dólares estadounidenses, en cuyo caso deberá obtener una declaración del titular de la cuenta o de las

El art. 11 trata sobre las instituciones de inversión colectiva y especialmente regula los casos en que los fondos de inversión sean comercializados por IF diferente a la gestora planteándose dos opciones:

- a) Si la comercialización no se realiza por un sistema de registro en cuentas globales por cuenta de terceros, las obligaciones del Acuerdo recaerán sobre el fondo de inversión;
- b) Si la comercialización de todas las participaciones es mediante sistema de registro de cuentas globales por cuenta de terceros, el fondo tendrá la consideración de IFE no obligada a comunicar información si se cumplen los requisitos del Anexo II del IGA;
- c) SICAVs: si todas las acciones de estas sociedades están depositadas en cuenta de custodia en IFE obligadas a comunicar información se entienden cumplidos los requisitos legales del mencionado Anexo II. Como regla general, todas las SICAVs españolas se consideran entidades cumplidoras FATCA (*Deemed Compliant*) si todas sus acciones son objeto de negociación en el Mercado Alternativo Bursátil (MAB) además de la condición citada del depósito de las cuentas;
- d) Para instituciones de inversión colectiva extranjera comercializadas en España por sistema de registro en cuentas globales por cuenta de terceros, será el comercializador español el obligado a la revisión, identificación y comunicación, en su caso, de información sobre acciones o participaciones.

Es oportuno recordar, no obstante lo indicado, que el hecho de que una IFE presente un modelo 290 en nombre de un tercero, no le convierte de manera automática en *sponsoring entity*³⁴¹ de ese tercero. Se trataría de una colaboración que al mismo tiempo

personas que ejercen el control sobre la misma. Si en cualquiera de estos casos se determina que alguna de las personas que ejerce el control es ciudadana o residente de los Estados Unidos de América, la cuenta se tratará como cuenta estadounidense sujeta a comunicación de información.

No obstante, los procedimientos de revisión de cuentas preexistentes de entidad deberán concluir en los plazos establecidos por la letra E de la sección IV del anexo I del Acuerdo, debiendo ser objeto de declaración en el modelo 290 correspondiente a 2014 aquellas cuentas identificadas como tales hasta 31 de diciembre de 2014.

³⁴¹ Con esta definición las legislaciones FATCA y CRS aluden, en España y en la mayoría de jurisdicciones europeas, a las gestoras de fondos de inversión.

debe cumplir con las normas de nuestra LGT a efectos de la representación legalmente establecida (FAQ 36).

El art.13 aprueba la periodicidad anual del modelo 290 fijando un plazo entre el 1 de enero y 31 de marzo de cada ejercicio para el envío del mismo en el formato electrónico correspondiente (lenguaje XML como CRS) garantizando la calidad y seguridad (encriptación y uso de certificado de AEAT sobre la persona que lo remite) en el envío.

El art. 14 está pensado para los primeros envíos y meses al contemplar los procedimientos de presentación y posibles errores que el sistema pueda devolver a la IFE que lo remite al fisco. Toda modificación y consulta de estos procesos se hará por medio electrónico en la web de la AEAT (art.15).

En desarrollo de los artículos 14 y 15, en diciembre de 2014, vio la luz la Guía del servicio web de FATCA modelo 290 para las IF. Las cinco primeras ediciones detallan en extremo el funcionamiento general y características informáticas de la información que va a ser remitida desde las IF a la AEAT³⁴². El uso de sistemas web constituye la base de las buenas prácticas sobre estos servicios, es decir, se busca la automatización integral de un proceso en el que intervienen varios sistemas de información, considerando el de la Administración Tributaria y el de la Institución Financiera.

El Anexo original fue sustituido por la Disposición Final Quinta de la Orden HAP/2783/2015 de 21 de diciembre que aprueba el modelo 151 sobre la Declaración de la renta de las Personas Físicas y modifica la Orden HAP/1136/2014 de 30 de junio sobre FATCA y el modelo 290³⁴³.

³⁴² Manual Técnico para la presentación del Modelo 290 http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Modelos_y_formularios/Declaraciones/Modelos_200_al_299/290/FATCA_Presentacion_modelo_290_mediante_servicio_Web_v2_1_AT.pdf (último acceso 24-8-16).

³⁴³ BOE núm. 306 de 23 de diciembre de 2015: Orden HAP/2783/2015, de 21 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 151 de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para contribuyentes del régimen especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español, así como el modelo 149 de comunicación para el ejercicio de la opción por tributar por dicho régimen, y se modifican la Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, modelo 290, y otra normativa tributaria.

Esta Modificación supuso una reordenación del Anexo Original reordenando la información por bloques (IF, cuenta financiera y cliente) y numerándola (1 al 27).

El Anexo contiene cuatro partes bien diferenciadas con un total de veintisiete datos que podemos sintetizar de la siguiente manera:

La primera está dirigida a la IF (datos 1 a 7) obligada a presentar la declaración para que conozca los datos propios que debe incluir en las pestañas que el modelo ha dibujado; Se trata de datos identificativos que, sin ser exhaustivos, incluyen NIF, GIIN, dirección, país de residencia, año de *reporting*, indicación de declaración complementaria o sustitutiva sobre una primera, y en caso de actuar como en calidad de *sponsoring entity* informar datos tanto de la entidad *sponsoring* como la *sponsored entity*.

La segunda parte (datos 8 a 11) son atinentes a la información sobre la cuenta financiera, en sí misma, que se halla sujeta a comunicación.

Los datos más significativos incluyen:

- El número de la cuenta (IBAN, ISIN o número de contrato de seguro o cualquier código identificativo usado por la institución financiera);
- Saldo al final del año natural o periodo de referencia o en el momento previo a la cancelación;
- Moneda en que se encuentre.

Para los casos de cuentas de custodia y de depósito ha de informarse separadamente el total de intereses brutos pagados o “debidos” (art. 2.2 a), 6 del IGA) en concepto de intereses, dividendos u otros conceptos relacionados.

La tercera parte (datos 12 a 25) glosa aspectos sobre el titular de la cuenta financiera incluyendo datos identificativos como el TIN para las personas físicas y el EIN (*Employer Identification Number*) para las personas jurídicas o entidades.

Al mismo tiempo se exigen: nombre y apellidos, dirección, fecha de nacimiento³⁴⁴ y el país de residencia “con carácter opcional “; no obstante para las IFE no es opcional ya que deben cumplir simultáneamente con CRS y este dato es crucial en tal sentido³⁴⁵.

Conviene detenerse en los tres tipos de entidades que pueden ser titular de una cuenta financiera para que esta debe ser informada:

- a) Una persona estadounidense específica (*Specified US Person*), es decir, una persona jurídica constituida en EEUU e indubitadamente norteamericana;
- b) Una Entidad no estadounidense no financiera Pasiva, con una o varias personas de control norteamericanas;
- c) Una IF con titulares documentados que son personas norteamericanas específicas (*Owner-documented financial Institution*);

Para el supuesto b) se debe aclarar quienes ejercen el control y para el c) consignar quienes son los partícipes estadounidenses al margen de su grado de control. Se persigue así completar una visión accionarial de la IF con presencia norteamericana.

El resto de datos requeridos son el *TIN* o *EIN*, nombres, apellidos, dirección y fecha de nacimiento.

³⁴⁴ En los inicios de FATCA la fecha de nacimiento sustituía al TIN cuando este no encontraba disponible; posteriormente como hemos señalado, la legislación española (Disposición 22ª de la LGT, Apartado 8) exige el TIN a todo cliente desde 2016. El punto 13 de este Anexo señala al art. 3.4 de IGA cuando se refiere a cuentas preexistentes; por lo tanto nos parece incorrecta la interpretación que parte del sector bancario español dio en su día a este punto al completar con fechas de nacimiento a requerimientos del IRS sobre clientes nuevos en el primer *Reporting* enviado en 2015; tales cuentas se referían necesariamente a clientes nuevos (aquellos que habían abierto cuenta desde el 1 de julio de 2014 reservándose para este art. 3.4 solo para los casos restantes. La cuestión hubo de requerir la publicación de una FAQ por parte de la AEAT, a instancias de la CECA, que aseguraba que si transcurrido el plazo de 60 días desde el 1 de enero de 2016, no se aportará el TIN del titular “antes del plazo de presentación del modelo 290, puede complimentarlo con ceros y consignando los datos personales del titular con independencia del bloqueo de la cuenta. En el momento en que se disponga de la mencionada información se debe proceder a la modificación de la información presentada”.

³⁴⁵ Téngase en cuenta el contenido de la FAQ número 22 que asevera la posible inclusión de la fecha de nacimiento solo para cuentas preexistentes y caso de que conste en la base de datos de la IFE; en caso contrario los campos podrán dejarse vacíos. Así mismo conectamos esto con la FAQ 35 cuando asegura que la obligación de información sobre cuenta preexistente debe mantenerse aunque no se disponga del TIN correspondiente de su titular.

La cuarta y última parte (datos 26 y 27) vienen a arrojar luz sobre el difícilmente aprehensible concepto de las IF no participantes y su régimen transitorio de 2015 y 2016.

Así aquellas instituciones financieras que han declarado pagos a IF no participantes (como podría ser el caso de bancos españoles que hubiesen realizado pagos a bancos venezolanos) deberán informar en el *reporting* del modelo 290 el nombre de la IF no participante y el importe anual de los pagos realizados. En consecuencia no se trata de conocer la identidad de las personas sino de las Instituciones Financieras para tratar de aislarlas en el concierto internacional. Ante esta situación y por operatividad para limitar el perjuicio de tener que recopilar e informar, las IF participantes tratan de evitar entablar relaciones con IF no participantes practicando una exclusión (real) y eficaz que acaba por aislar a estas IF del circuito financiero internacional. Sin negar la eficacia del sistema, lamentamos que no siempre se haya actuado con tanta diligencia por parte del legislador.

Además de lo ya expuesto, las IFE han de nombrar un responsable (*Responsible Officer*) FATCA para coordinar el adecuado cumplimiento de este corpus legislativo y servir como único interlocutor válido de la Institución Financiera ante el IRS. De igual manera, tendrá entre sus funciones certificar, en diversas ocasiones, el citado cumplimiento acorde a la normativa.

La persona designada ha de ostentar autoridad suficiente para supervisar el programa de cumplimiento FATCA de la IF sobre la que después habrá de certificar³⁴⁶.

Otras funciones, perfiladas en la Guía de Registro emitida por el IRS,³⁴⁷ incluyen:

- a) Recepción de comunicaciones del IRS (y AEAT) y requerimientos de mayor información;
- b) Facultad de establecer la clasificación y estatus FATCA de su IF y su grupo;
- c) Designar los Puntos de contacto (*Points of Contact, POC*) de cada empresa del Grupo Afiliado y autorizar a los mismos a actuar ante el IRS;

³⁴⁶ Véase Sección 1 1471-1b (108) de las *US Regulations* al respecto.

³⁴⁷ Guía de Registro FATCA, versión noviembre 2015: <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p5118.pdf>, (último acceso 22-8-16).

- d) Ser el POC de la IF;
- e) Cumplimentar y firmar el formulario de registro ante el IRS.

Las tareas encomendadas a la Unidad u Oficina FATCA, al frente de la cual se sitúa el Responsable, incluyen verificar la correcta implantación de las soluciones desarrolladas y garantizar la adecuada incorporación de las obligaciones FATCA a los procedimientos operativos de la IF. Resulta obvio que otro de los cometidos de la Oficina ha de ser el lanzamiento, tutela y coordinación del Proyecto CRS (y posteriores) al objeto de unificar criterios y actuaciones.

El modelo de certificación se inspira en los modelos de responsabilidad piramidal aplicados por el organismo regulador de los mercados de valores norteamericanos, la *Securities and Exchange Commission (SEC)*.

La primera certificación habrá de asegurar que ningún empleado de la IF en cuestión ha revelado información alguna a clientes tendente a la elusión de FATCA. El periodo incluido en esta certificación abarca desde el 6 de agosto de 2011 hasta la fecha efectiva del acuerdo FATCA³⁴⁸. Para lograr este objetivo, las IF han publicado circulares internas informando de tales instrucciones a sus empleados y en otros casos se les ha remitido la información por medios telemáticos dejando constancia del envío como salvaguarda para la IF.

Una posterior certificación ha de garantizar la completa revisión de todas las cuentas preexistentes de mayor valor de la IF.

Una tercera certificación garantizará que la IF ha completado los procesos de identificación y documentación para todas las cuentas preexistentes y que no se ha ocultado ninguna información en el proceso.

Las citadas certificaciones deben renovarse cada periodo de tres años.

Por último, destacamos otra aportación interpretativa de la FAQ número 25 publicada por la AEAT:

³⁴⁸ En el caso español si nos guiamos por la publicación en el BOE de julio de 2014 o de mayo de 2013 si nos guiamos por fecha de ese Acuerdo. En nuestra opinión, sería más adecuado guiarse por la fecha de publicación del texto ya que además de abarcar un lapso mayor de tiempo se ajusta más a la versión definitiva del mismo y su desarrollo.

Las comunidades de propietarios (consideradas pasivas en origen) han de tratarse como activas al ser entidades no financieras no estadounidenses. La enorme presión, llevada a cabo por el sector bancario español y sus dos patronales, ante la DGT dio fruto en esta respuesta que dejó fuera del alcance de FATCA (en la práctica no es necesario gestión alguna con estas figuras jurídicas) un notable porcentaje de la cartera de personas jurídicas de las IFE³⁴⁹.

¿QUÉ ES CRS?



Fuente: D. Coronas

2.3.2 CRS.

2.3.2.1 Orígenes y evolución.

Dado que buena parte de los orígenes de CRS³⁵⁰ han sido explicados a lo largo de los epígrafes anteriores, vamos a centrar nuestro análisis en el Manual de la OCDE para su

³⁴⁹ Este tipo de entidades deben ser incluidas dentro de la categoría de “Entidad no estadounidense distinta de una Institución financiera extranjera” y por su propia naturaleza puede entenderse que cumplen los requisitos previstos en el sub apartado B.4.a) de la Sección VI del Anexo I del Acuerdo, por lo que podrían ser consideradas como activas.

http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Modelos_Procedimientos_y_Servicios/Ayuda_Modelo_290/Informacion_general/Preguntas_frecuentes/De_las_entidades_a_las_que_se_refiere_el_Acuerdo_en_que_categoria_se_puede_encuadrar_a_las_comunidades_de_propietarios_cons_dad_horizontal_.html, (último acceso 31-8-16).

³⁵⁰ Traemos a colación nuevamente el contenido de la nota núm. 242 de la página 182 para explicar el enfoque dado a este epígrafe.

aplicación por cada jurisdicción firmante. Dado el carácter de compendio y guía nos resulta de extrema utilidad para revisar criterios universales al tiempo que técnicos para las instituciones financieras y clientes bancarios sobre los que recaen los deberes de cumplimiento normativo³⁵¹. En tal sentido, en octubre de 2015 la OCDE lanzó en su web un portal específico para información sobre *Common Reporting Standard* que incluye información local relevante. Su finalidad es aglutinar datos actualizados para colaborar en la implantación del CRS.

Dentro del mismo portal encontramos un apartado que permite determinar la residencia fiscal en cada jurisdicción adherida a CRS en virtud de su normativa local.

En otro apartado se da conocer información sobre los números de identificación fiscal (TINs) de cada país adherido (localización, composición, ejemplos, etc.).

En el mismo se contiene un espacio con guías y materiales para la implantación, conocimiento y el estudio de esta legislación.

Una sección muy visitada, y de obligada consulta por las IF, es la lista de jurisdicciones firmantes del Modelo de Acuerdo para la Autoridad Competente (CAA), que incluye la fecha prevista para que cada uno de los Estados firmantes realice el primer intercambio de información.

Entre los instrumentos legales que permiten el intercambio automático bajo el estándar CRS podemos citar:

- a) Directivas europeas sobre intercambio automático de información (publicadas desde la Directiva del Ahorro de 2003);
- b) Acuerdos sobre doble imposición contenidos en Modelo de artículo 26 de la OCDE;
- c) Art. 6 de la Convención de Asistencia Mutua en Materia Fiscal;
- a) Acuerdos sobre intercambio de información tributaria (TIEAs) que proporcionan automatismo en el intercambio. En línea con lo anterior, el Manual defiende la tesis de que el citado automatismo va más allá del modelo de TIEA.

³⁵¹ El contenido esencial de un plan de cumplimiento normativo por parte de una institución financiera en España se aborda en el epígrafe 4.3 del capítulo IV de este trabajo.

Otro pilar sobre el que se sustenta todo este entramado lo constituye los Acuerdos entre las Autoridades Competentes (CAA); se dan tres modelos contenidos en el estándar para otros tres escenarios posibles:

- a) Modelo de CAA bilateral y recíproco; está diseñado para emplearse conjuntamente con el art. 26 del Modelo de Acuerdo sobre Doble Imposición;
- b) Modelo de CAA multilateral que puede usarse para reducir los costes de firmar múltiples acuerdos bilaterales. Numerosos países han usado esta opción conjuntamente con la Convención de Asistencia Mutua;
- c) Modelo de CAA no recíproco que podría ser, por ejemplo, empleado en jurisdicciones donde no exista un impuesto por ingresos.

2.3.2.2 El Manual de la OCDE para aplicación de CRS.

En el mismo Portal de la OCDE sobre intercambio automático de información se ha publicado un Manual para la implementación del CRS (*the CRS Implementation Handbook*). Está dirigido a los funcionarios de los países cuya tarea sea implantar y adaptar sus ordenamientos al CRS.

A lo largo de sus 118 páginas contiene en tres partes definiciones, ejemplos y anexos que buscan una mejor comprensión del tenor de esta iniciativa, reconociendo el valor pionero de FATCA articulado a través de sus dos diferentes IGAs, en el desarrollo de relaciones para el intercambio automático de información y la lucha contra la evasión fiscal de los paraísos. La construcción de este modelo sobre la base de FATCA persigue ahorro de costes y maximizar la eficiencia por el *know how*, así como la experiencia en la implantación, resolución de problemas técnicos y uso compartido de herramientas informáticas. Se recuerda así mismo el notable apoyo que proporcionó el G20 y la cercana cooperación ofrecida por la UE en el resultado final de CRS como un estándar o modelo internacional.

Un rasgo no habitual en lo que denominamos “Manual” es el tono y forma de redacción del mismo, donde se emplea más el consejo y la sugerencia que la aseveración y el mandato. Su carácter de glosa (frente a la exigibilidad) es patente. Apreciamos por tanto aquí el valor del *soft law* de este texto tal y como hemos comentado en el capítulo I.

La parte I se centra en los requerimientos para implantar el estándar:

- Traducir a normas internas las reglas de diligencia debida y *reporting*;
- Elegir las bases legales para el intercambio automático;
- Ubicar en el proceso tecnologías, infraestructuras administrativas y los recursos;
- Proteger la confidencialidad y salvaguarda de los datos.

El Manual aporta unas claves para trasladar CRS a la legislación interna de cada Estado (enfoque genérico) y señala la protección de datos como un campo de especial preocupación por su alto impacto.

Existen áreas donde el Estándar propone una estrategia para que las jurisdicciones adopten el enfoque más adecuado (flexible) a sus circunstancias particulares; en concreto se cita a FATCA y a la Directiva 2014/107 UE.

En la página 12 se señala que las jurisdicciones pueden exigir a las IF, a diferencia de FATCA, que presenten un *reporting* sin datos.

Sobre diligencia debida se añade una regla no contenida en FATCA: la opción de que cuentas de bajo valor de persona física (menos de 1.000.000 de dólares o su contravalor en la moneda correspondiente) determinen su residencia basándose en la dirección de domicilio aportada por el titular de la cuenta siempre que exista prueba documental que sustente esta circunstancia. Se denomina test de residencia (*residence address test*). La versión europea de CRS comparte este test.

Si bien FATCA permite demorar la revisión de cuentas preexistentes de personas jurídicas (entidad) hasta que el agregado de sus cuentas superaba la cifra de 1.000.000 de euros, este umbral se fija en CRS en los 250.000 dólares, por debajo de los cuales no será preciso (es opcional) que se lleve a cabo una revisión o *due diligence* de las cuentas de personas jurídicas preexistentes. La legislación comunitaria adopta este mismo planteamiento.

En su afán de reutilizar información sobre clientes en poder de las IF se permite, yendo más allá del literal de los IGAs FATCA, utilizar procedimientos estandarizados de codificación de cuentas significativamente para las preexistentes de entidad; en el momento de inicio de CRS, este criterio es un notable alivio para el sector financiero que podrá catalogar personas jurídicas con los sistemas y herramientas que haya usado

hasta el momento tal y como permite la normativa europea. En términos prácticos la codificación sobre el sector de actividad (en España, CNAE) de una empresa presupone la misma para CRS con lo que parte del trabajo está hecho y tan solo hay que revisarlo y en su caso informar a las Autoridades Tributarias.

La misma actuación se hace extensible para cuentas preexistentes que han superado los procedimientos anti blanqueo de capitales y conocimiento de clientes.

Pensamos que, con acierto, el punto 14 de estos Comentarios se dedica a identificar el enfoque de las *Related Entities* con el dado en FATCA a las *Sponsoring Entities*. Entendemos por las primeras aquellos casos donde una entidad controla directa o indirectamente la propiedad de más del 50% del capital o de los derechos de voto de otra entidad.

Conocedora de la magnitud del problema, la OCDE aborda las personas de control del *trust*. En los casos en que los *trust* se engloben en la categoría de ENF Pasiva, sus beneficiarios pueden ser considerados como personas reportables del *trust*.

En una aproximación amplia sobre la implementación del estándar sería deseable ir más allá del propio sistema, tal y como se halla definido en sus normas, en aras de una mayor efectividad del mismo, con los límites lógicos de las leyes de protección de datos. Estamos convencidos que este *desideratum* pronto será realidad en ulteriores y más completas incitativas como un futuro “GATCA” (*sic*).

Se crea el axioma por el que a menos tiempo para completar los procesos requeridos por el estándar, menor es el coste total para la institución financiera en cumplir con esta legislación.

La determinación de la residencia fiscal de los clientes es el objetivo para después informarla, si bien estas normas no especifican qué harán las instituciones financieras con aquellos datos correspondientes a la residencia de clientes que no han de ser reportados (presumiblemente cada vez menos países desean estar al margen del sistema). La OCDE es consciente de la dificultad en la aplicación de estas normas especialmente en el acceso a la contratación del cliente y trata de equilibrarlos con los beneficios del cumplimiento; por ello, entre otras razones, surgen la categoría de jurisdicciones comprometidas (*committed jurisdictions*) con CRS para 2018.

CRS permite que ciertas instituciones sean consideradas de “bajo riesgo”, como los bancos locales, los fondos de pensiones y ciertos bancos únicamente con cuentas de bajo valor. Cada jurisdicción debe emitir una lista inclusiva de esta categoría y contará con el asesoramiento en tal sentido del Foro Global.

Todos los modelos CAA incluirán el tiempo y forma del intercambio con un detalle de método de transmisión y formato así como medidas para el inicio, suspensión y cancelación de estos Acuerdos.

Aspectos como el método de cálculo del importe en cuenta o la fijación de etapas para el intercambio de información sobre los ingresos brutos, quedan al arbitrio de los países para su discusión y determinación en el Acuerdo.

En el plano técnico el Manual asegura que la estructura, contenido y lenguaje (XML) de los *Schemas* de CRS y FATCA son virtualmente idénticos por lo que la inversión para quien ya cumpla con FATCA es prácticamente nula³⁵².

Se prevén los casos en que sectores no habituados al intercambio quedan incluidos bajo el paraguas de esta normativa (por ejemplo trust o fondos de inversión); para estos casos se articulan acuerdos específicos con estas empresas para envíos de información *ad hoc*.

El Manual³⁵³ contempla la posibilidad de que en caso de diferentes alfabetos (cirílico, árabe, chino, etc.) pueda solicitarse una traducción de la información al alfabeto latino.

En el Capítulo 1 del Manual (página 35) se exponen los pasos para considerar a una IF como sujeta a Reporting (*Reporting Financial Institution, RFI*) donde la pertenencia de esa IF a un país participante en CRS es clave para tal consideración. Conviene detenerse en el concepto de institución financiera que engloba corporaciones, fundaciones, trusts y sociedades y excluye específicamente cualquier tipo de persona física sea cual sea su participación en la persona jurídica.

Las categorías de RFI son:

³⁵² El *Issue* (publicación) 2016-6 de 3 de junio publicado por el IRS señala que el Schema FATCA v2.0 refleja una actualización que recoge los cambios introducidos por el Schema CRS de la OCDE.

³⁵³ Se insiste en la página 32 en que la confidencialidad de la información del contribuyente es una piedra angular del intercambio de información. Se trata de datos sensibles que requieren medidas especiales de protección. Acceso restringido a la información, formación del personal que maneje los datos, procesos de auditoría y restricciones a la hora de transmitir datos son medidas a incluir por las Administraciones Tributarias encargadas.

- Instituciones Depositarias;
- Instituciones Custodias;
- Entidades de Inversión;
- Compañías de Seguros Específicas (incluye a la gran mayoría de compañías de vida).

Las IF que no están obligadas al Reporting (*Non Reporting FI*) son las instituciones gubernamentales así como y sus fondos de pensiones, las Organizaciones Internacionales y Bancos Centrales, ciertos fondos de jubilación y vehículos colectivos de inversión, trust con participantes documentados, IF de bajo riesgo atendiendo al perfil de su clientela así como las compañías cualificadas de tarjetas de crédito.

El criterio de pertenencia a jurisdicción convierte a sucursales (*branches*) de matrices (IF) no participantes en sujetas a los deberes de información y aplicación de estas leyes.

El concepto de “cuenta reportable” se define como aquella propiedad de una o más personas o de una entidad no financiera pasiva con una o más personas de control que sean a su vez personas reportables. No se trata de una definición nueva, pero introduce un test sencillo de decisión al respecto:

- a) ¿Es el titular de la cuenta persona (física o jurídica) residente a efectos fiscales en jurisdicción reportable? Una jurisdicción es reportable si ha firmado un acuerdo de intercambio y publicado una lista de territorios que considera reportables a su vez.

En caso negativo la cuenta será no reportable.

- b) En caso afirmativo se pregunta ¿es el titular de la cuenta una persona reportable? (en general lo es siempre salvo casos como Bancos Centrales, organizaciones internacionales, entidades gubernamentales, etc.).

En caso negativo la cuenta será no reportable y en caso afirmativo tendremos una cuenta reportable (*Reportable Account*).

Este test configura el país o jurisdicción como elemento clave para organizar el proceso de diligencia y posterior reporting; es una buena pista para las IF, un campo que

siempre debe constar y predominar en datos que obtengamos del cliente en el proceso de alta.

El texto hace un esfuerzo clarificador al tratar las Entidades No Financieras Pasivas (ENFP), que reflejan un gran riesgo de evasión fiscal; esta es la razón de la atención especial que se les dedica. No hay diferencias significativas entre las definiciones FATCA y CRS al respecto considerando, a grandes rasgos, que será Pasiva aquella entidad no financiera que no sea Activa.

La OCDE es consciente de la dificultad de definir los ingresos pasivos que caracterizan a las ENFP; en esa línea aporta una lista en los Comentarios a CRS si bien no se trata de un número *clausus* ya que cada país puede completar la lista según sus normas internas.

La inclusión de la sub tipología “Entidad de inversión no residente en jurisdicción participante” supone una novedad frente a FATCA.

Se exige un rigor especial a la IF para identificar a la persona de control de la ENFP. En el capítulo I de esta tesis se ha explicado en profundidad como las normas del GAFI son las aplicables al definir a la persona de control como aquella que posee directa o indirectamente más del 25% de las acciones o derechos de voto de una persona jurídica. Nos remitimos pues a aquellos comentarios así como a los relativos al trust en relación a la identificación y tratamiento de su beneficiario.³⁵⁴

Por otra parte, al tratar reglas de diligencia debida para cuentas de menor valor, las jurisdicciones (y por tanto las Instituciones financieras que radiquen en ellas) tienen la opción de permitir o compeler la aplicación del test de residencia en vez de la búsqueda electrónica en los ficheros de la IF.

La aplicación de este test puede atenuarse o relajarse en el caso de cuentas durmientes³⁵⁵.

³⁵⁴ El Capítulo 6 del Manual se dedica por completo al tratamiento de los *trusts* en el CRS lo cual confiere a nuestro entender la importancia que tiene esta figura en la fiscalidad internacional y la evasión fiscal.

³⁵⁵ El Manual alude a las cuentas durmientes (sin movimientos) como aquellas que no superan los 1000 dólares de saldo (medio) anual. En este caso se les considera como un ejemplo de cuenta excluida por su bajo riesgo de evasión. Se aconseja igualmente que la cantidad señalada no difiera según las diferentes jurisdicciones, es decir, aconseja legislar internamente a los Estados, dentro de estos umbrales.

Los cambios de circunstancias sobre la cuenta y su titular requieren ser documentados en el plazo de noventa días así como cualquier razón que permita a la IF pensar que la información que mantiene del cliente no es correcta. Será preciso la firma de una nueva auto-declaración del cliente.

El Manual afirma que en los casos donde el test de residencia no pueda ser usado, la búsqueda electrónica debe llevarse a cabo revisando los Indicios (similares a los de FATCA):

- a) Identificación del titular como residente en una jurisdicción;
- b) Correo habitual o domicilio en jurisdicción sujeta a *reporting*;
- c) Teléfono frecuente o reciente en jurisdicción reportable y no tener número de teléfono en la jurisdicción de la IF de *reporting*;
- d) Instrucciones para transferencia habitual de fondos a cuentas ubicadas en una jurisdicción reportable;
- e) Poder de representación efectivo o firma autorizada concedida;
- f) Instrucciones dadas para retener el correo en ausencia de dirección en una jurisdicción reportable siempre que la IF no tenga otra dirección del cliente.

Los indicios pueden ser remediados obteniéndose auto declaración acreditativa de tales extremos que confirme o desmienta los datos iniciales del cliente.

Consideramos la complementariedad, nunca la subsidiaridad, de las normas anti blanqueo de capitales con relación a FATCA y CRS; tal relación se ejemplifica de nuevo al tratar la residencia fiscal de una persona jurídica en jurisdicción reportable; en estos supuestos la institución financiera tiene que revisar la información legal obtenida del cliente “incluida aquella recogida para prevención del blanqueo de capitales y conocimiento del cliente”, es decir, que las IF deben apoyarse en otras informaciones que poseen además de esta para determinar este y otros aspectos sobre sus clientes.

Como criterio de ayuda se aportan estas indicaciones:

- Para la mayoría de entidades sujetas a impuestos, el lugar de organización de la misma;

- Para las entidades fiscalmente transparentes, la dirección registrada o del lugar de la oficina principal;
- Para los *trusts*, la dirección de uno o más administradores o *trustees*.

La declaración del cliente ha de contener necesariamente los siguientes campos:

- a) Firma del titular;
- b) Fecha;
- c) Número de la cuenta, nombre, dirección y jurisdicción de residencia a efectos fiscales así como el TIN.

Pónganse estos datos en conexión con la sanción contemplada por la normativa española y se obtendrán una media de 1200 euros (6 datos por 200 e.) por cada cliente que no esté documentado. Son razones poderosas para no dudar demasiado en la aplicación y el coste de la misma por implantación y todo ello sin olvidar aspectos de reputación y prestigio para la institución financiera y para el cliente.

La razonabilidad de la declaración continúa siendo un aspecto determinante de la misma. Su veracidad o apariencia marcan la esencia de su proceso de obtención.

La parte III del Manual (pp. 87 a 101) se dedica a una ilustrativa comparación entre FATCA (en su versión IGA Modelo 1 España) y CRS.

Se trata de la parte con mayor aplicación práctica de todo el texto ya que permite para cualquier experto o estudioso de la materia, conocer con toda profundidad las diferencias reales entre ambas legislaciones.

Entre estas diferencias destacamos la definición del contrato de seguro de valor en efectivo. En el universo FATCA, aquellos que no superaban los 50.000 dólares o su contravalor quedaban excluidos del *reporting* mientras que en el mundo de CRS todos (sin umbrales) han de ser comunicados a la Autoridad Tributaria pertinente.

Dado que el ámbito socio laboral estadounidense ostenta un menor desarrollo (la cobertura socio sanitaria es eminentemente privada, pese a los esfuerzos recientes de la Administración Obama) en la esfera pública son lógicas las explicaciones sobre las cuentas de ahorro jubilación que CRS califica de excluidas que son básicamente, todas

aquellas que contienen un factor de previsión y ahorro para la jubilación del cliente ya sean promovidas por el mismo o por su empresa o un tercero y confieran *per se* un elemento de arraigo que desaconseja el fraude fiscal tanto por el tiempo como por los controles identificatorios que suponen.

En nuestra opinión la gran diferencia radica en la premisa de partida de ambas legislaciones. De una parte, bajo leyes americanas un ciudadano norteamericano es un residente fiscal norteamericano y FATCA deja bien sentado (art. 1.1.º del IGA modelo 1) que se trata de un *US person* o contribuyente norteamericano. A diferencia CRS solo rige y analiza la residencia (fiscal), no la nacionalidad ni la ciudadanía. La lectura inversa nos hace preguntarnos: si un cliente es norteamericano (de nacionalidad o residencia) y mantiene una segunda residencia de jurisdicción CRS, ¿a qué país habrá que informar en el *reporting*? ¿Y si tiene dos nacionalidades y una tercera residencia fiscal?

Los cauces de respuesta oficial a estas preguntas no van a eximir a las IF de tener que tomar decisiones sobre sus clientes con la única documentación que una declaración de residencia fiscal firmada por este cliente y analizando la base de datos (contable y personal) para conocer la razonabilidad de esa declaración.

Hasta el momento se desconoce la utilización que llevará a cabo la Administración Tributaria española con los datos suministrados, si bien es presumible que se analicen y comprueben para exigir, si procede, el pago de los tributos que correspondan y no se hubiesen abonado, junto a las sanciones preceptivas³⁵⁶.

La validez del asesoramiento privado (consultoras externas) se consagra en la página 109 del Manual tanto para labores de diligencia debida o análisis como de *reporting* siempre que esté contemplado en la legislación doméstica correspondiente.

El estatus de una persona jurídica se determina por las leyes de la jurisdicción participante en la cual la persona jurídica sea residente. Si una persona jurídica es

³⁵⁶ Si bien puede afirmarse que hasta finales de 2018 las instituciones financieras españolas no habían recibido, prácticamente, requerimientos de información FATCA o CRS por parte de la AEAT, el Plan Anual de Lucha contra el Fraude Fiscal 2019 si anuncia para bancos y contribuyentes el despliegue de actividades de comprobación y revisión de la información aportada. Puede profundizarse en este aspecto en el capítulo IV de esta tesis.

residente en una jurisdicción que no ha implementado CRS, serán estas reglas las que determinen es estatus de la entidad.

El contrato de seguro de vida con una cobertura que termine antes que el asegurado alcance los noventa años tiene la consideración de cuenta excluida del estándar como también lo son aquellas cuentas inactivas de bajo valor (las que no exceden de 1000 dólares de saldo anual si bien la norma aclara que esta cifra es solo un ejemplo y espera que sean los países los que regulen al respecto).

En conclusión, estas son las diferencias más notables entre FATCA y CRS a la luz del Manual OCDE:

1. Con CRS la aplicación de las normas de diligencia debida para cuentas nuevas es extensible a las cuentas preexistentes y los procedimientos de cuentas de mayor valor a las de menor valor. FATCA, en su modelo de IGA 1 no concretaba esta opción, tan solo la esbozaba. Es importante dado el esfuerzo y la magnitud de clientes que deben ser tratados en una y otra iniciativa.
2. El Estándar de la OCDE no permite usar los umbrales de 50.000 dólares para cuentas preexistentes de persona física frente a la prerrogativa que si otorgaba FATCA. Idéntica circunstancia es predicable de los 250.000 dólares para contratos de seguro en efectivo y de anualidad.
3. En CRS la búsqueda por indicios no es posible para cuentas nuevas (auto declaración de cliente); por tanto, a sensu contrario, caben los indicios para cuentas preexistentes. FATCA determina todas las cuentas nuevas deben ser documentadas con auto declaración.
4. Bajo CRS las IF tienen que obtener la fecha de nacimiento del cliente en el proceso de apertura de cuentas nuevas como parte de la auto-declaración. Se trata de uno de los núcleos que permite a las jurisdicciones comprobar documentación de los clientes-contribuyentes. Por su parte, FATCA no exigía esto. Una solución para entidades cumplidoras FATCA, puede ser añadir a la información a recopilar este dato tanto para clientes FATCA (no exigible) como para clientes sujetos a CRS.

5. Bajo CRS una cuenta preexistente de persona jurídica o entidad se convierte en reportable si el saldo agregado o valor supera los 250.000 dólares o su contravalor; bajo el IGA 1 de FATCA, una entidad con saldos agregados de 250.000 o menos no es requerida para reportar información hasta que el valor o saldo supere 1.000.000 de dólares o contravalor en un ejercicio posterior. La diferencia es, por tanto, para cuentas previas que alcanzan posteriormente un saldo. Resulta obvio que la solución CRS simplifica bastante la labor y no excluye la detección ni por tanto el cumplimiento de FATCA. Este caso nos anticipa una de las conclusiones substanciales de nuestra Tesis: CRS no solo completa y simplifica a FATCA, profundiza y detalla numerosas instituciones jurídicas contenidas por la codificación de origen norteamericano. Sus soluciones son de mayor amplitud y parece haber perfeccionado objetivos y métodos buscando una versión potente y de conjunto; podría decirse que un mayor número de países y voces si han aportado mejores soluciones a la evasión y elusión fiscales; se comienzan a cerrar los resquicios del sistema tributario mundial.
6. Sobre el tipo de cambio de las monedas y como ajustarlo a la local se perciben dos matices distintos. Mientras los países que aplican CRS deben efectuar los cambios según sus normas internas de cambio oficial de monedas, FATCA preconiza el uso del cambio entre dólar y moneda local valiéndose de cotizaciones públicas del último día del año que esté siendo revisado. Esta regla, de adopción más sencilla, pretende la sinergia completa no siendo incompatibles ambas opciones.
7. Cuentas inactivas. FATCA pretende la revisión, identificación y reporte como el resto de cuentas mientras que CRS permite su tratamiento como cuenta excluida y por consiguiente podría (a elección de los países) no realizarse *reporting*. Si a esto añadimos que el número estimado de cuentas-clientes CRS a tratar al menos triplica al de FATCA podría entenderse un poco mejor el alivio que para el sector bancario supone excluir de revisión algunas cuentas. Si cumpliendo con FATCA no es óbice para cumplir con CRS (ejercitando esa capacidad de elección que aporta la norma) pocas IF están optando por diferenciar y acaban incluyendo en sus *reportings* cuentas inactivas de CRS tal y como se viene haciendo con FATCA. Aquí, como en

otras situaciones de estas normas, la simplificación propuesta puede complicar al crear dos regímenes diferentes y enfrentados.

8. Por su multilateralidad, CRS, en casos de doble o múltiple residencia del titular de una cuenta o producto, establece sobre las bases de la diligencia debida que la información debe ser intercambiada (entre las Administraciones Tributarias) con todas las jurisdicciones que sean halladas a los efectos de la residencia fiscal del cliente. Esta regla no existe en el entorno FATCA dado su cariz bilateral EEUU-País firmante. Estamos convencidos que en pocos años este procedimiento nutrirá las bases de datos de las correspondientes Agencias Tributarias pero también redundará en una mejora de la calidad de las bases de las IF.
9. CRS permite el *Reporting* del saldo de las cuentas sobre saldos medios mensuales o de final de mes frente a la opción de considerar tan solo cifras de fin de año. Sin duda que este sistema permite eludir fraudes al fraude (p. ej. eliminando saldo un día antes de fin de año) ya que se ajusta más a la realidad y aporta una imagen más fiel del cliente. Esta práctica está siendo aplicada por gran parte de la banca en España ya que dispone de esta herramienta totalizadora.
10. Sobre la validez de las pruebas documentales referentes al estatus del cliente, introduce CRS un periodo de cinco años mientras que FATCA sostiene validez ilimitada hasta que se produzca un cambio de circunstancias donde el cliente es el obligado a comunicar a la IF el contenido del mismo. Entendemos que la regla de los cinco años complica notablemente (pese a los beneficios que puedan traer) la labor de las IF que no solo habrá de volver a llamar y comprobar datos con clientes sino que deberán instalar alarmas que permitan detectar la caducidad introducida por esta norma. Afortunadamente este aspecto no ha sido seguido por el legislador español que optó por la solución FATCA.
11. FATCA indicaba que una cuenta preexistente de persona física que se convierte en cuenta de alto valor tiene un periodo de seis meses en el ejercicio subsiguiente para ser revisada. CRS amplía ese plazo al año entero posterior.

12. Donde FATCA requería tan solo fecha de nacimiento de clientes con cuentas preexistentes si el TIN no había podido obtenerse, CRS da un paso más en la compleción de los datos del cliente por la IF: se exige lugar y fecha de nacimiento de la persona reportable, pero ¿cómo puede saber una IF si una persona al contratar por primera vez será o no reportable? ¿Cómo puede adivinar los saldos y umbrales que alcanzara y afectaran al cliente? Esta situación obliga en la práctica bancaria diaria a que se soliciten todos los datos de un cliente desde el primer momento de establecer relaciones comerciales. Circunstancias posteriores determinarán el uso de esa información para el regulador. Mientras, esa información permanece custodiada por la institución financiera.

No conviene olvidar que desde el 1 de enero de 2017 los acuerdos FATCA obligan a obtener el TIN de manera única para toda contratación nueva. Por su parte el lugar de nacimiento es un dato no requerido por los IGA modelo 1 de FATCA.

CRS añade que para cuentas preexistentes de las que no se tenga el TIN registrado, este dato no ha de ser informado (si ha de ser solicitado) frente a la ya comentada exigencia de fecha de nacimiento que requiere FATCA.

13. Otra divergencia afecta al cierre y saldo de las cuentas.

Bajo FATCA se debe informar del saldo inmediatamente anterior a la cancelación de una cuenta reproducible en el año afectado por la revisión en cuestión. Aplicando CRS solo se informa del hecho del cierre de la cuenta, no su saldo en ese momento. El *reporting* de CRS indica “cero” en estos casos.

14. Una de las grandes innovaciones presentadas en este Manual consiste en que CRS admite la auto-certificación verbal o la afirmación verbal positiva de la misma. Los mecanismos son diversos desde una grabación de voz a una huella; se trata de que la IF pueda demostrar fehacientemente una actuación conforme al estándar incluso a los efectos de auditorías posteriores. FATCA no contiene esta posibilidad fiándolo todo a la declaración escrita del cliente. A la postre si hay que guardar una declaración con unos datos esta facilidad ofrecida por CRS no lo es tanto pues implica diligencias y sistemas parecidos

entre declaración escrita y verbal. Quizás pueda tener una aplicación más oportuna en las auto-declaraciones que se renuevan o en los cambios de circunstancias pues en ambas situaciones ya viste un cauce establecido con el cliente.

El Anexo I contiene treinta y dos preguntas y respuestas (*FAQs*) concretas sobre CRS; su finalidad es eminentemente didáctica.

De la Sección I a VII la temática es general. La Sección VIII contiene preguntas sobre definiciones de entidades o personas jurídicas complejas queriendo insistir y remarcar estos conceptos: entidades de inversión, compañía holding o centro de tesorería de un grupo financiero o inversión indirecta en inmobiliaria. Algunas de estas categorías no existen en nuestro país. La norma puntualiza que una empresa dedicada a la inversión inmobiliaria de manera principal no es una entidad de inversión ya que los inmuebles no se consideran activos financieros a los efectos de CRS. En este caso, aunque jurídicamente por ámbito y por centrar la norma se entienda la decisión, se pierde una oportunidad para engarzar CRS con la lucha contra el Blanqueo de Capitales que suele emplear los inmuebles como destino de numerosas operaciones. No se descarta que una vez que CRS funcione a pleno rendimiento, pueda ampliar su enfoque primigenio para coordinarse con otras codificaciones anti fraude fiscal.

Las IF que no informan y las cuentas financieras concluyen la temática de este Manual.

Al respecto destacamos lo siguiente:

- Si una persona tiene un nombre compuesto por una sola palabra o letra, el primer campo del *reporting* debería ser rellenado con “*No first name* “(NFN) y el campo del ultimo nombre debería completarse con el nombre del titular de la cuenta;
- Las pruebas documentales se pueden substanciar en documentos originales, certificados e incluso fotocopias con fecha de la recepción de los mismos;
- De nuevo se confía en los procedimientos anti blanqueo de capitales para identificar al *controlling person* de personas jurídicas preexistentes con menos de 1.000.000 de dólares o su contra valor;

- Aunque se exige a las IF de aportar consejo o asesoramiento sobre la residencia fiscal a sus clientes, estas deben confiar en la declaración de los mismos a menos que tengan fundadas sospechas para desecharlas (o una parte de su contenido) a tenor del resto de la información de que dispongan (test de razonabilidad).
- La validez y calidad de la información contenida en el inseparable binomio auto declaración-TIN requiere atención especial; la OCDE, por su trascendencia, sube al mencionado Portal web toda la información actualizada que los países y sus gobiernos van aportando sobre la estructura y contenido del TIN; algunos países firmantes sin embargo no han aportado información con lo que se hace complicado para una IF saber qué información solicitar a sus residentes fiscales y la validez de lo que estos aporten; sería deseable una mayor celeridad y coordinación en este sentido. Las IF no están obligadas a chequear el formato del TIN aportado si bien pueden hacerlo a través de web nacionales específicas para tal fin. Con esta finalidad la UE ha creado un portal de validación y comprobación del TIN en línea: TIN Portal Europa. En el mismo se permite conocer si la estructura y la sintaxis (algoritmo y lógica interna) de los identificadores fiscales de cada país europeo son correctas. No confirma identidades ni existencias de números. Las actualizaciones de esta base corresponden a las Administraciones nacionales³⁵⁷;

Es práctica habitual en la banca española solicitar y guardar copia de un documento oficial que soporte el TIN (tarjeta, declaración de renta, certificado de pensiones, etc.);

- Sorprende que una pregunta se ocupe de la validez de una certificación basada en cuestiones de si o no para determinar la residencia fiscal. Algunas iniciativas privadas de consultoría internacional están proponiendo soluciones globales en esta línea;
- La razón para conocer (reason to know) permite a la IF incluir una cláusula en la declaración del cliente por la que se le requiera el deber de comunicar

³⁵⁷ https://ec.europa.eu/taxation_customs/tin/ (último acceso 21-6-18).

cualquier cambio en la información que afecte al cliente titular de una cuenta. Ese traspaso de responsabilidad descarga bastante labor de investigación a la IF que con solo comprobar la razonabilidad de los datos disponibles cumple con la legislación.

A este respecto queremos hacer reseñar que la experiencia americana con el origen de FATCA y la banca privada suiza UBS sugiere prudencia a la hora de confiar en el contenido en los estándares *reason to know* y *know your customer* especialmente si tratamos con IF de jurisdicciones no participantes.³⁵⁸

La legislación española ha optado por esta vía en la Orden HAP 2487/2014 de 29 de diciembre,³⁵⁹ para aplicar excepciones en la obligación de comunicar el NIF en operaciones con las entidades de crédito (art. 27 y 28 del Reglamento General de actuaciones y procedimientos de actuación tributaria). Sin embargo, cuando nos adentramos en la Disposición final del Proyecto (que modifica la Orden EHA/3496/2011 de 15 de diciembre) y leemos el Anexo II, punto 14 queda bien claro, a nuestro juicio, que el NIF “atribuido por cada Estado de residencia del titular de la cuenta con indicación del país emisor” tiene que ser incluido en la información a intercambiar con tan solo dos excepciones:

- a. En cuentas preexistentes no será obligatorio comunicar NIF ni fecha de nacimiento si estos datos “no se encuentran en los registros de la IF esta no este obligada a recopilar estos de conformidad con la normativa aplicable”. Este bucle nos reitera que el TIN es exigible para clientes nuevos o de nueva contrataciones desde el 1 de enero de 2016, siendo un dato exigible tanto en normativa internacional como española.
- b. No será obligatorio comunicar el NIF si el país o jurisdicción de residencia no lo expide (algo que parece obvio...).

2.3.3 El marco normativo de FATCA y CRS en España.

³⁵⁸ GRINBERG, op.cit.

³⁵⁹ BOE núm. 316 de 31 de diciembre de 2014 disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/12/31/pdfs/BOE-A-2014-13676.pdf>, (último acceso 2-4-18).

Hasta el momento hemos analizado las normas internacionales y españolas que inciden exclusivamente bien sobre FATCA o bien sobre CRS. No obstante, el legislador español ha promulgado un marco normativo común sobre estas legislaciones sobre las que a continuación vamos a profundizar.

En el caso de España se aprueba el RD 1021/2015³⁶⁰ que fija reglamentariamente la obligación de las Instituciones Financieras de identificar la residencia fiscal de personas que ostenten la titularidad o el control de cuentas financieras, así como la obligación de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua.

El mecanismo exige la identificación de la residencia de las personas que ostenten la titularidad o control de las cuentas financieras y posteriormente el suministro de la información a la Agencia Tributaria, quién de manera posterior y automática, la intercambia con el país de residencia fiscal de los titulares de las cuentas.

El mencionado Real Decreto se estructura en cinco artículos, tres disposiciones adicionales, una transitoria, cinco disposiciones finales y un anexo con las normas y procedimientos de diligencia debida para su aplicación por las instituciones financieras respecto a las cuentas financieras abiertas distinguiéndose entre cuentas nuevas y preexistentes tanto de personas físicas como de entidades. El anexo incorpora así mismo una exhaustiva definición de los términos utilizados por el propio RD.

El art. 1 establece el objeto del Real Decreto alineando el mismo con lo dispuesto en la Directiva 2011/16/UE, modificada por la Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014, respecto a la obligatoriedad del intercambio automático de información tributaria así como el Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes firmado en Berlín el 29-10-14, el art. 29 bis de la LGT (obligaciones tributarias en el marco de la asistencia mutua) así como la Disposición Adicional vigésimo segunda de la LGT reformada por la Ley 34/2015.

El art.3 regula la primera de las dos grandes obligaciones contenidas en esta codificación cual es la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas con titularidad o control de cuentas financieras, siendo esta obligación el punto clave sobre el que se sustenta el sistema de intercambio de información. Nótese que se trata de

³⁶⁰ BOE núm. 275 de 17 de noviembre de 2015, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-12399>, (último acceso 28-3-18).

identificar la residencia fiscal de todas las personas (independientemente de donde residan) para después comunicar tan solo ciertos casos tratados en el art. 4. Este enfoque amplio o *wider approach* proviene de los Comentarios de CRS y persigue, entre otros, un ahorro de costes para la industria financiera.

El art. 4 determina la segunda gran obligación: la de informar.

Esto se lleva a término concretando a quién se aplica la obligación de identificar la residencia fiscal, acotando a aquellos que:

- a) Residan fiscalmente en otros Estados de la UE;
- b) Otro país o jurisdicción firmante del Acuerdo Multilateral con el que exista reciprocidad en el intercambio de información;
- c) Cualquier país o jurisdicción con quien España haya celebrado acuerdo al respecto en régimen de reciprocidad en el intercambio.

Para evitar confusiones, el Ministro de Hacienda emitirá anualmente una Orden que determine los países y territorios que se encuentren en cualquiera de los supuestos anteriores.

A mayor abundamiento, el punto 3 del apartado D de la Sección VIII del Anexo completa el concepto de persona residente fiscal en otro país o jurisdicción como la persona física o entidad que reside en ese país o jurisdicción conforme a su legislación tributaria o al caudal relicto de un causante residente en ese país o jurisdicción.

Además si una entidad carece de residencia fiscal será tratada como residente en el país o jurisdicción en que este situado su lugar de administración efectiva. Esta idea eficaz en principio, aunque algo expeditiva, no lo es tanto pues pueden surgir dudas a la hora de confirmar la administración efectiva, es decir, desde donde se maneja habitualmente el negocio, se toman las decisiones y se realizan los pagos y cobros.

El art. 5 determina el contenido de la información a suministrar.

Su contenido es este:

- a) Nombre y apellidos o razón social, domicilio y NIF de las personas sujetas a información. Además para las personas físicas es obligatorio el lugar y fecha

de nacimiento. Es curioso comprobar que el término “NIF “es propio de España con lo que entendemos que la norma pretende señalar al número de identificación fiscal del cliente no en España sino en su país de origen (el *Tax Identification Number, TIN*);

- b) El número de cuenta;
- c) Nombre y NIF de la entidad financiera donde ubica sus cuentas el cliente;
- d) Saldo o valor a final de año natural considerado expresando la moneda correspondiente;

Para el caso del contrato de seguro con valor en efectivo o anualidades se tomará el valor en efectivo o valor de rescate³⁶¹.

- e) Para las cuentas de custodia importes brutos totales en concepto de intereses, dividendos u otras rentas generados en el año natural así como ingresos brutos totales derivados de la venta o amortización de activos financieros pagados o anotados en cuenta durante el año natural por el custodio de la cuenta;
- f) En el caso de cuentas de depósitos, el importe bruto total de intereses pagados o anotados en cuenta;
- g) Cláusula genérica para cuentas no contempladas en las letras e y f: importe bruto pagado incluidas amortizaciones efectuadas al titular de la cuenta en el año natural.

Las excepciones se recogen en el art.5.2 y se refieren a cuentas preexistentes y la no obligatoriedad de comunicar el NIF ni la fecha de nacimiento si el NIF o la fecha de nacimiento no se encuentran los registros o bases de datos de la entidad financiera si bien se pide que la entidad financiera obtenga el NIF y la fecha de nacimiento a más tardar al final del segundo año natural siguiente al año en que se haya identificado tales cuentas como sujetas a información.

³⁶¹ El sector bancario solicitó aclaración a través de sus patronales CECA y AEB sobre el saldo a informar en caso de cancelación antes de fin de año lo que pone en contexto el sentido aclaratorio del último párrafo de esta letra d) que determina la comunicación de la cancelación de la misma, es decir, el saldo previo a la cancelación de la cuenta en cuestión.

Tampoco será obligatorio comunicar el NIF si la jurisdicción o país no lo expide (por ejemplo las Islas Caimán).

La excepción sobre comunicar el lugar de nacimiento no es obligatoria si la IF ya tiene esa obligación o la haya tenido según la normativa comunitaria antes de 5 de enero de 2015 y se dispone por medios electrónicos.

Este último caso está pensado para aquellas instituciones que trataron de eludir la norma ajustándose a fechas o tratando de alegar no ser institución financiera en el sentido tan amplio que la norma expresa.

La Disposición Adicional primera transpone a nuestro Derecho la Directiva comunitaria 2011/16 UE³⁶², con su reforma en 2014 y que será objeto de atención más adelante.

Las normas del Real Decreto deben interpretarse, según la Disposición Adicional (D.A.) segunda, conforme a los Comentarios de la OCDE al Modelo de Acuerdo para la Autoridad Competente y al Estándar común de comunicación de la información. Dado el valor aclaratorio de esta legislación complementaria resulta, a nuestro juicio, criticable que no esté disponible gratuitamente ya que solo mediante suscripción onerosa es posible su consulta.

La D.A. III trata íntegramente sobre FATCA, lo cual resulta algo extraño tratándose de un Real Decreto sobre CRS. Exige a todas las entidades financieras españolas o con actividad en España obtener el *TIN* estadounidense durante el año 2017 para todas las personas que ostenten la titularidad o control de cuentas financieras caso de no tenerlo ya.

Esta disposición nos resulta reiterativa a tenor del art. 3.4 del *IGA* entre España y EEUU y su desarrollo en la Orden 1136/2014.

La Disposición final quinta establece la entrada en vigor del RD el día 1 de enero de 2016.

El Anexo sobre Normas de Diligencia Debida se compone de nueve Secciones.

³⁶² Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/99/CEE.

La Sección I trata sobre las Obligaciones de Diligencia Debida recalcando que las instituciones financieras “deberán identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de las cuentas financieras”; podría debatirse cuál es el concepto de residencia fiscal (legislación española o internacional no siempre idénticos) sin embargo, dado el origen de esta normativa, optamos por el enfoque amplio e internacional; en todo caso se trata de conocer si la persona mantiene obligaciones tributarias en su país de origen y/o nacionalidad conociendo por tales la obligación de presentar impuesto de renta o patrimonio. Este concepto deriva de los textos normativos de la OCDE y NU al respecto.

Podemos afirmar que este criterio ha sido mayoritario en el sector bancario y financiero español en la aplicación de este RD.

Para probar documentalmente el cumplimiento de las obligaciones se admite tanto el documento físico como la copia electrónica de la información.

Por primera vez aparece el término “Declaración del Titular”, admisible en cualquier formato, para acreditar la residencia. De forma innovadora se opta por dar, quizás por influjo anglosajón de la norma, libertad a particulares y entidades a la hora de configurar esa Declaración que en todo caso deberá contener la siguiente información:

- a) Nombre completo o razón social;
- b) Dirección completa del domicilio;
- c) País(es) o Jurisdicción(es) de residencia fiscal;
- d) Número de identificación fiscal del país de residencia fiscal;
- e) Fecha de nacimiento.

Debe tenerse en cuenta que si la IF tiene algunos de estos datos en su base no es preciso volver a cuestionar sobre los mismos. La Declaración los requiere de cara a un posible informe o *reporting*.

Tal declaración debe incluir mención a que el titular asume el compromiso de comunicar cualquier cambio de circunstancias y mientras este no ocurra la declaración tiene validez indefinida.

Con la participación de la industria financiera a través del *Business and Industry Advisory Committee to the OECD* (BIAC),³⁶³ se publicaron en febrero de 2016 los formularios para clientes individuales y entidades o personas jurídicas para CRS³⁶⁴.

Estos formularios contienen ejemplos para ayudar a las instituciones financieras a recabar información sobre clientes que después será intercambiada. Se recalca que su contenido no es obligatorio sino orientativo. Todos los requerimientos han de alinearse con la legislación interna de cada país participante. Se conmina a las IF a no prestar asesoramiento financiero a clientes de cara a la cumplimentación del presente formulario. Así mismo se anexa un apéndice terminológico para mejor comprensión de los conceptos incluidos en los formularios pensado para los clientes que han de rellenar sus campos.

En algunos casos de personas físicas puede requerirse, como dato novedoso hasta cierto punto, el lugar de nacimiento del titular de la cuenta, lo que implica ciudad y país al que pertenece el lugar. En cualquier caso, para que una auto declaración (certificación) sea válida habrá de contener como mínimo el nombre, la dirección de residencia, el país de jurisdicción a efectos fiscales, el TIN y la fecha de nacimiento. Se aprecia que CRS no requiere que las IF recopilen copia certificada de los poderes de representación (a diferencia de FATCA).

Se hace hincapié en documentar cualquier cambio de circunstancias que se produzca.

Para los supuestos de personas jurídicas la auto-declaración ha de contener al menos el nombre, dirección, jurisdicción de residencia fiscal y TIN de la sociedad en cuestión añadiendo que si una IF tiene razones para conocer la inexactitud de una auto declaración debería tratar de obtener explicación razonable y documentada del cambio o incluso una nueva auto certificación del cliente. Los motivos de esta atención especial residen en la desatención (relativa) previa que se había dejado de prestar a las sociedades como medio de generación de ventajas fiscales ilegales o elusivas.

³⁶³ <http://biac.org/> (último acceso 23-8-16).

³⁶⁴ Para persona física http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/CRS_INDIVIDUAL_Self-Cert_Form.pdf;

Para persona jurídica http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/CRS_ENTITIES_Self-Cert_Form.pdf (último accesos 24-8-16).

En la Sección III se detalla el procedimiento de revisión para las cuentas preexistentes de persona física de menor valor (que la Sección VIII, punto C, apartado 14 define como aquella con “un saldo o valor agregado a 31 de diciembre de 2015 que no excede de un importe en euros que corresponde a 1.000.000 de dólares estadounidenses”. Entendemos que si la cuenta se halla en moneda diferente (yenes, libras, francos suizos, etc.) deberán hacerse los cambios oportunos utilizando siempre el cambio oficial del 31 de diciembre de cada año (publicado en el BOE anualmente unos días después).

La revisión de las cuentas preexistentes de menor valor de persona física debe finalizarse “a más tardar” (es decir, cabe realizarse antes de este plazo voluntariamente por cada entidad) el 31 de diciembre de 2017.

La norma permite optar a la entidad financiera por utilizar el domicilio de la persona física que se tenga en los archivos documentales de la IF o aplicar en revisión electrónica seis indicios:

- a) Identificación del titular de la cuenta como residente en otro país o jurisdicción;
- b) Dirección postal o domicilio actual o apartado de correos en otro país o jurisdicción;
- c) Número (s) de teléfono en otro país o ningún número en España (muchas entidades y clientes optan no declarar ninguno lo que en este caso desvirtúa el indicio ya que estarían dentro del mismo por el mero hecho de no declarar un teléfono);
- d) Ordenes permanentes de transferencia de fondos, salvo relativas a cuenta de depósito, a cuenta abierta en otro país o jurisdicción;

En numerosas entidades españolas no es técnicamente posible grabar periódicamente la transferencia internacional con lo que esa “permanencia” aquí mencionada queda siempre fuera del ámbito posible;

- e) Poder notarial de representación vigente o autorización de firma a favor de persona domiciliada en otro país o jurisdicción;

- f) Instrucciones para retener correspondencia o dirección de recepción en otro país o jurisdicción si la institución financiera no tiene otra dirección en sus archivos para ese titular.

En caso de que tras la búsqueda electrónica no aparezcan los indicios citados no habrá que realizar ninguna otra comprobación sobre el cliente salvo cambio de circunstancias o que la cuenta se convierta en cuenta de mayor valor.

Las cuentas de mayor valor (definidas como “la cuenta preexistente de persona física con un saldo o valor agregado a 31 de diciembre de 2015 o cualquier año posterior que excede de un importe en euros que corresponde a 1.000.000 de dólares estadounidenses”) tienen un tratamiento con revisión reforzada por su importancia.

La revisión de estas cuentas deberá estar realizada “a más tardar el 31 de diciembre de 2016”.

Si la búsqueda se lleva a cabo en archivos electrónicos, habrá de centrarse en todos los indicios descritos anteriormente.

El uso de los ficheros en papel queda restringido a los supuestos donde los archivos electrónicos guarden información sobre titularidad, residencia, domicilio y dirección postal, números de teléfono órdenes de transferencia, direcciones de recepción o de retención de correspondencia o existencia de algún poder notarial en relación a la firma en la cuenta.

Quedan como documentos de consulta para completar la información en la ausencia de la indicada en el párrafo precedente, el contrato de apertura y cualquier documento o prueba documental que en los últimos cinco años haya sido recopilado y aporte información incluyendo documentación obtenida en aplicación de la normativa de prevención de blanqueo de capitales u otro propósito regulador. Esta remisión tan amplia y abierta resulta, hasta cierto punto, innovadora y confirma el interés del legislador por completar y revisar en sentido amplio la información que de los clientes se tenga en una institución financiera, si bien podría confluir en ciertos aspectos con información obtenida para otros fines que vulnere la privacidad del cliente. Este aspecto será analizado con detalle en el capítulo III.

Toda la información obtenida debe completarse y contrastarse con aquella que obre en poder del gestor personal del cliente, caso de haberlo. Se trata de una mención específica para los casos de banca privada o personal habitual en la banca internacional y que se incluye en esta ocasión en nuestra legislación siendo de aplicación más restringida dado el carácter minorista de la mayor parte de la banca española.

Si en la revisión reforzada de cuentas de mayor valor no se descubren los indicios señalados no será necesaria ninguna otra medida hasta un eventual cambio de circunstancias del titular de la misma.

Caso de darse algún indicio la cuenta será tratada como cuenta de residente en el país o jurisdicción que se determine según las pruebas obtenidas.

Solo para el caso exclusivo de que concurra tan solo el indicio de retención de correspondencia o dirección para la recepción de correspondencia, la institución financiera deberá recabar declaración del titular o pruebas documentales que determinen su residencia fiscal. En su defecto la cuenta será informada como “no documentada” y deberá revisarse cada año hasta que se consiga estar “documentada”.

Por otra parte, cuando una cuenta no es de mayor valor a 31 de diciembre de 2015 pero lo sea posteriormente, se le deben aplicar los procedimientos de revisión reforzada previamente explicados.

Finalmente, la letra E impone el deber de seguir tratando anualmente toda cuenta (Preexistentes de mayor y menor valor) sujeta a comunicación mientras no se demuestre que ha cambiado de circunstancias y haya dejado de estar sujeta a comunicación de información. En la práctica, por tanto, toda institución financiera que haya detectado y comunicado una cuenta deberá incluir a la misma cada año en su información anual al Fisco mientras el cliente lo siga siendo y sus circunstancias de residencia no hayan tornado.

La Sección IV está íntegramente dedicada a las cuentas nuevas de persona física. Para estos casos el momento de apertura de la cuenta es crucial siendo necesario obtener una declaración del titular y verificar su razonabilidad con toda la información que la institución dispone incluida la que se maneja procedente de la normativa anti blanqueo de capitales. La institución financiera ha de recabar nueva declaración en caso de

cambio de circunstancias del cliente así como si se tiene constancia que la misma no es fiable o incorrecta.

La Sección V trata la diligencia debida para las cuentas preexistentes de entidad (persona jurídica). Comienza exceptuando de revisión (y por tanto comunicación) a aquellas cuentas con saldo inferior o valor agregado (de los productos) a 31 de diciembre de 2015 a 250.000 dólares estadounidenses o su contravalor en euros. Tal excepción se mantiene siempre que esa cuenta (s) se mantenga anualmente bajo esos umbrales el último día de un año natural posterior.

En contraposición aquellas que superen esos umbrales a fin del año 2015 deberán ser revisadas a los efectos de esta legislación.

Solo se tratarán como sujetas a comunicación aquellas cuentas cuya titularidad corresponda a:

- a) Una o varias entidades que sean residentes fiscales en otro país o jurisdicción;
- b) Entidades que no siendo instituciones financieras tengan carácter pasivo en las que una o varias de las personas que ejerce el control sea residente fiscal en otro país o jurisdicción.

Para la determinación de la residencia fiscal de una persona jurídica o entidad puede emplearse la información de fines reguladores, la recopilada por la normativa contra el blanqueo de capitales o la obtenida del conocimiento del cliente. Es esta la esencia de la banca tradicional que presume de conocer a su cliente y que debe además, por exigencia legal, conocer, en la medida de lo posible, las circunstancias personales y económicas del mismo. El negocio de la banca está basado, entre otros pilares, en la confianza.

En aplicación de los preceptos de la Ley General Tributaria y la Ley del Impuesto de Sociedades, el lugar de constitución o un domicilio en otro país o jurisdicción determinan la residencia fiscal del titular de la cuenta en España.

Un caso complejo lo constituye la determinación de la residencia fiscal de las personas que ejercen el control de Entidades No Financieras Pasivas (ENFP). Así el punto 2 del apartado D concluye para los casos de ENFP (concepto jurídico impropio del Derecho

español) con personas de control que estén sujetas a comunicación de información, la cuenta deberá tratarse como cuenta sujeta así mismo a comunicación de información.

La aparente lógica y sencillez del precepto es fruto de trabajo e insistencia de los grupos de trabajo del sector bancario especializados en FATCA y CRS así como, porque no decirlo, de las propuestas llevadas a la Administración Tributaria española por las consultoras externas de origen norteamericano.

En la legislación FATCA se ofrece esta alternativa al análisis de las ENFP siendo en este caso el precepto más sencillo al optar por el análisis de las personas físicas de la base de datos de una institución financiera (siempre un terreno menos resbaladizo que las personas jurídicas y las complejas estructuras societarias con sus poderes y cambios de accionariado, desembolsado o por desembolsar) para determinar posteriormente, en caso de que alguna ejerza el control (es decir, según las normas del GAFI, que posea más del 25% del capital social) su residencia y en función de esta comunicar o no la sociedad en cuestión.

Los plazos de revisión para cuentas preexistentes de entidad, cuyo saldo o valor agregado a 31 de diciembre de 2015 exceda de 250.000 dólares o su contravalor en euros, deberán concluirse a más tardar el 31 de diciembre de 2017.

Aquellas cuyo saldo o valor a 31 de diciembre de 2015 no exceda de 250.000 dólares o su contravalor pero si supere esa cifra en algún 31 de diciembre de algún año posterior deberá concluirse en el año natural al siguiente en que supere tal umbral.

La diligencia de cuentas nuevas de entidad (Sección VI) aplica idénticos criterios a los de la Sección V confiriendo notable importancia a la obtención en la apertura de la cuenta a la declaración que permita determinar la residencia fiscal del titular de la cuenta. Se da una especialidad tal es que si la entidad certifica que no tiene residencia fiscal (el equivalente en una persona física sería un “viajero fiscal”) la institución financiera podrá basarse en la dirección de la oficina principal de la entidad residencia para determinar la residencia. Podríamos preguntarnos si la referencia afecta a la oficina principal de la entidad en España o a las sedes internacionales. Dado que existen normas españolas que determinan la residencia de una sociedad según el domicilio de su sede aplicamos este criterio al caso.

Como puede apreciarse el criterio para determinar la residencia fiscal de una persona jurídica, según sea nueva o preexistente, está redactado ciertamente de manera diferente.

Por el contrario si son idénticos los criterios que permiten determinar la residencia fiscal de una ENFP y su régimen de comunicación si su persona de control está sujeta a comunicación de información.

Con carácter general aborda la Sección VII las normas especiales de diligencia debida de carácter adicional a las anteriores.

La letra A indica que si las instituciones financieras son conocedoras de la incorrección o no fiabilidad de la declaración del titular han de recabar un nuevo documento al respecto.

La letra B desarrolla todo un procedimiento alternativo para los casos de cuentas financieras de personas físicas beneficiarias de un contrato de seguro con valor efectivo o contrato de anualidades y para los contratos colectivos de seguros con valor efectivo o colectivo de anualidades.

La regla indica que, salvo prueba en contrario, la institución financiera puede presumir que el beneficiario de un seguro de los citados que reciba capital al fallecimiento es una persona no sujeta a comunicación de información.

La razón de este procedimiento de revisión aligerada radica en el hecho de que se entiende que los productos de ahorro seguro a los que se refiere no suelen ser medio habitual ni propio para el fraude fiscal ni la ocultación de patrimonios. Su relación con el binomio tradicional rentabilidad-riesgo es lejana por la propia naturaleza del producto y porque exigen un marco temporal de sujeción de la inversión a los que el evasor suele ser reacio o esquivo.

Otra razón se halla en que si el tomador del seguro es una empresa y cubre a veinticinco o más trabajadores, la legislación y la regulación exigen suficiente información que permite identificar a los titulares de estas pólizas con lo que se evita reiterarla siempre que el importe a pagar al beneficiario no exceda de 1.000.000 de dólares o su contravalor.

La letra C contiene, a nuestro juicio, los aspectos de mayor utilidad para la gestión de las cuentas por las Instituciones Financieras.

Así en el caso de las personas físicas se permite, a semejanza de la legislación FATCA, agrupar al cliente y todos sus productos abiertos tanto la matriz como resto de entidades del grupo siempre que esa información esté informatizada y agrupe la información utilizando el NIF o algún otro; esta facilidad no podrá ser empleada en caso de que los datos no puedan ofrecerse agrupados por restricciones legales propias de la protección de datos.

Al mismo tiempo se establece una norma, también común con FATCA, como es la atribución total del saldo de una cuenta o producto que debe hacerse al titular del mismo objeto de la comunicación (tanto si existe uno o varios titulares).

El Real Decreto recoge otra de las consultas que para FATCA elevó el sector bancario a la Dirección General de Tributos. Se trata de la consideración de saldo cero para cuentas con valor negativo en la fecha de revisión; lógicamente se pretende que en el sumario global del cliente no se minoren resultados ni falsee la imagen global del mismo con un efecto contable perverso. Este tratamiento de persona física se repite en el caso de las personas jurídicas.

La figura del gestor personal y su carácter de colaborador con el Fisco se realiza cuando el apartado 3 le exige añadir a la información que se posea del cliente en la institución “aquella que pueda conocer directa o indirectamente, propiedad de esa persona, o que estén bajo su control o han sido creadas por ella (excepto si esa persona interviene en calidad de fiduciario” pues se entiende que la regulación de la fiducia no contribuye al fraude fiscal...). Ciertamente que asumir hoy esta responsabilidad en el conocimiento del cliente impone pues trasciende, en cierta medida, la diligencia debida y no sólo por el notable volumen de dinero que suponemos que el gestor maneja. Se convierte al gestor en asesor quizás a semejanza de la figura del *advisor* o del *solicitor* anglosajón actuando como un consejero personal en ámbitos legales, financieros y patrimoniales.

En tal sentido, los gestores personales de la banca española desconocen la responsabilidad que asumen desde el prisma de CRS y no han recibido formación adecuada en la materia hasta donde nos consta.

El punto 4 señala que todos los importes llevarán su tipo de cambio cualquiera que sea la moneda en que se expresen. Ese tipo de cambio será el correspondiente al publicado el día de la conversión.

La Sección VIII es un prolijo glosario de términos de consulta.

La letra A esta destinada a definir el término “Institución Financiera obligada a comunicar información”.

Siguiendo a FATCA, incluimos en el concepto de Institución Financiera Participante tanto a:

- a) Instituciones de depósito (banca tradicional);
- b) Instituciones de custodia (aquella con activos financieros por cuenta de terceros);
- c) Entidades de inversión cuya actividad económica principal consiste realiza en nombre de terceros operaciones con instrumentos del mercado monetario o gestión de inversiones colectivas e individuales;
- d) Compañías de seguros específicas (aquellas que ofrecen un contrato de seguro con valor en efectivo o un contrato de anualidades o están obligadas a hacer pagos con los mismos).

Quedan expresamente excluidas las instituciones de inversión inmobiliaria (SOCIMIS) y las entidades de capital-riesgo, ambas por la naturaleza de estabilidad de la inversión que las aleja, en principio, del ámbito de control de esta normativa y que además cumplen por si mismas con su normas regulación e identificación del cliente. Se trata de que la definición sea tan amplia que deje pocos resquicios a la aplicación de la norma. Es cierto que no resulta tarea sencilla definir e incluir ciertas figuras anglosajonas que hoy en día operan en nuestro país y que funcionan como instituciones de difícil catalogación por su naturaleza jurídica e inversora en relación al cliente.

Este mismo razonamiento es predicable del amplio concepto que la norma nos aporta sobre un “activo financiero” incluyendo ejemplos al respecto y tratando de abarcar el mayor contenido posible bajo el paraguas de esta legislación.

Por si hubiera dudas interpretativas sobre estos conceptos el Real Decreto nos remite a las Recomendaciones que GAFI ha elaborado y ya conocemos por su contexto en Prevención de Blanqueo de Capitales.

El concepto de Institución Financiera Participante incluye a toda aquella institución financiera residente en una jurisdicción participante excluyendo las sucursales de la misma fuera de esa jurisdicción al tiempo que incluye las sucursales de instituciones financieras no residente en jurisdicción participante siempre que esa sucursal si se halle en una jurisdicción participante.

Así debe tratarse de una institución financiera residente en España excluyendo las sucursales de tal institución fuera de España o que se trate de una sucursal en España de institución financiera no residente en España cuando dicha sucursal se ubique en España (pensemos en la gran cantidad de IF extranjeras que operan en nuestro país, con sucursales abiertas, principalmente en Madrid y Barcelona, donde suele radicar banca privada, fondos de inversión y mercado de valores).

Las instituciones financieras que, estando sujetas a la normativa, no tienen obligación de comunicar información son según este texto:

- a) Un Banco Central, una organización internacional o una entidad estatal (incluidas subdivisiones políticas como comunidades autónomas, estados federales, municipios, entidades controladas, etc.; es decir, en nuestro país todas las Administraciones del Estado);
- b) Un fondo de pensiones de amplia participación privada o de una entidad estatal (ningún beneficiario con más del 5% de los activos del fondo y sujeto a normativa estatal y transmita información a la Administración Tributaria);
- c) Un instrumento de inversión colectiva exento. Se trata de una entidad de inversión siempre que la titularidad de todos los intereses corresponda o se ejerza por una sociedad de capital social regulado en uno o varios mercados de valores reconocidos o entidad estatal o bien una organización internacional o un banco central;
- d) Entidades descritas en el Anexo I (B.1.e, Sección VIII) de las Directivas 2011/16/UE modificada por la Directiva 2014/107/UE dedicadas al intercambio automático de información. El Ministerio de Hacienda se reserva la posibilidad de determinar otras IF no obligadas a comunicar información si cumplen los requisitos de las citadas Directivas.

El punto 8 define al “emisor autorizado de tarjetas de crédito” como una institución financiera cuya actividad radica únicamente en emitir tarjetas de crédito aceptando depósitos tan solo cuando un cliente hace un pago que excede del saldo adeudado por las operaciones con la tarjeta no reembolsándole inmediatamente dicho importe y es preciso que esa institución financiera aplique, bien desde el 1 de enero de 2016 o antes, las medidas oportunas para que el cliente que realice sobrepagos que superen a los 50.000 dólares estadounidenses o bien garantizar que todo sobrepago de ese importe le será reembolsado antes de sesenta días. El sobrepago del cliente solo se refiere a saldos acreedores derivados de la devolución de mercancías dejando fuera aquel relacionado con cargos controvertidos.

A todo lo expuesto deben unirse dos consideraciones ya citadas: las normas de conversión de moneda y las de agregación de saldo de cuentas.

En resumen, se está tratando aquí de regular el uso de las tarjetas “*revolving*” bastante común en EEUU y en Sudamérica y ampliamente representado por las multinacionales del sector. Estas tarjetas, hasta la aparición de FATCA y CRS, habían siempre quedado fuera del alcance de la regulación del fraude fiscal y el intercambio de información. Al haber sido usadas habitualmente, en casos célebres y otros no tanto, como instrumento defraudatorio, son finalmente objeto de regulación.

La letra C nos alumbra sobre el concepto de Cuenta Financiera. Es vital comprender que debemos buscar entre los clientes que vamos a informar. Hablamos de toda aquella abierta en una IF que comprende la cuenta de depósito, las de custodia así como las participaciones de capital o de deuda en el caso de entidades de inversión. Habrá de añadirse los contratos de seguro con valor en efectivo y los de anualidades ofrecidos por la institución financiera diferentes de rentas vitalicias, inmediatas, intransferibles y no ligadas a inversión de persona física que se traduzcan en pensiones o prestaciones por incapacidad.

Esta compleja definición de los sub epígrafes anteriores (a, b y c) podría resumirse y así lo ha entendido el sector bancario, como el deber de la banca de revisar e informar en su caso todos los productos de “pasivo” de cliente, todos aquellos saldos, ahorros e inversión que el cliente dispone para invertir por lo cual parece lógico dejar al margen pensiones, seguros e indemnizaciones (ahorro para futuro) que poco tienen que ver con una capacidad de defraudar. De nuevo se manifiesta implícitamente el conocimiento del

cliente para decidir qué productos son objeto de análisis e información. Si el cliente lleva años ahorrando e invirtiendo en un producto de jubilación es obvio pensar que no reúne el perfil del defraudador.

Por tanto, las cuentas corrientes, libretas, depósitos, deuda, valores, participaciones en fondos de inversión, contrato de seguro donde el emisor paga un importe en caso de que se materialice la contingencia de fallecimiento, enfermedad, accidente, responsabilidad o riesgo patrimonial. Los seguros de anualidades donde se compromete un pago a la persona física durante un periodo de tiempo son también objeto de esta definición. Rentas vitalicias y temporales se encuentran incluidas aquí.

Pensamos que esta regulación tan completa y detallada del campo asegurador es una mejora introducida por CRS en la legislación y que no se encuentra en FATCA donde además de ser menos ambiciosa es menos profunda. En nuestra opinión, y salvo casos muy excepcionales, la amplia mayoría del sector asegurador quedará bajo los parámetros de esta normativa.

Se aporta una facilidad a la hora de calcular el valor de rescate para los valores, seguros y rentas consistente en utilizar aquellos declarados en el modelo 189 introducida por la EHA/3481/2008 de 1 de diciembre.

Destacamos el punto 9 cuando introduce la noción de cuenta preexistente como aquella que se mantenga abierta a 31 de diciembre de 2015 en una IF obligada a comunicar información.

Junto a esta definición se añade otra posible al referirse a toda cuenta financiera de persona física o jurídica que, independientemente de la fecha de apertura, cumpla cuatro requisitos:

- 1) El titular tiene cuenta financiera preexistente en una institución financiera obligada a comunicar información en una entidad vinculada a la misma en España;
- 2) La institución financiera obligada a comunicar información y su entidad vinculada en España trata ambas cuentas financieras (en la matriz y en la entidad vinculada) y cualesquiera otras, como una sola a los efectos del cumplimiento de los estándares de conocimiento así como determinación

de saldos o valores al aplicar los umbrales de las cuentas. De nuevo apreciamos como el conocimiento del cliente y sus circunstancias son decisivas a la hora del análisis y el posterior *reporting*;

- 3) Podrán usarse (“está autorizada a dar cumplimiento a dichos procedimientos”) los procedimientos de calificación de cuenta basándose en los establecidos en la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Esta remisión es habitual pero no excluyente de otras legislaciones y ayuden a saber más del cliente y de sus datos personales, financieros y patrimoniales. Se trata por tanto de un complemento;
- 4) La apertura de la cuenta no requiere que el titular aporte nueva información adicional a la que se cita en este Real Decreto, es decir, no son datos nuevos sino revisar los existentes.

El punto 10 define a las cuentas nuevas como aquellas creadas a partir del 1 de enero de 2016 en las IF obligadas a comunicar información.

Los puntos 14 y 15 conceptúan la cuenta de menores y mayores valores exclusivamente predicables de persona física.

La de menor valor será toda cuenta preexistente de persona física con saldo o valor agregado a 31 de diciembre de 2015 que no exceda de un importe en euros correspondiente a 1.000.000 de dólares norteamericanos.

La de mayor valor se trata de aquella preexistente de persona física con saldo o valor a 31 de diciembre de 2015 o cualquier año posterior que exceda de 1.000.000 de dólares norteamericanos o su contravalor en euros.

En la delimitación de cuenta excluida aparecen las siguientes:

- a) Una cuenta de jubilación o pensión cuya información haya sido comunicada a la Administración Tributaria y sus reintegros estén supeditados a una edad de jubilación especificada o a incapacidad o fallecimiento. Los límites de aportación no podrán superar los 50.000 dólares anuales o el millón de dólares a lo largo de toda su vida;

- b) Cuentas sujetas a la legislación de los instrumentos de inversión para fines diferentes a la jubilación y se negocie regularmente en mercados de valores reconocidos o se halle sujeta a legislación sobre instrumentos de ahorro para fines distintos de la jubilación. Los reintegros deben estar supeditados a cumplir criterios relacionados con la finalidad de la cuenta (p. ej. prestaciones médicas o educativas) o bien sujetos a penalización en caso de reintegro fuera de esos criterios. El importe anual no podrá exceder de los 50.000 dólares;
- c) Un contrato de seguro de vida cuya cobertura finaliza antes de los noventa años del asegurado tratándose de primas periódicas y se impida que nadie excepto el asegurado pueda realizar reintegros salvo resolviendo el contrato;
- d) Cuentas correspondientes a caudales relictos;
- e) Cuentas conectadas con sentencias o mandatos judiciales, con ventas o arrendamiento de bienes muebles o inmuebles siempre que la cuenta se haya abierto exclusivamente como garantía de ejecución o para el pago del precio de la compra de los bienes;
- f) Una cuenta de depósito hecha por un cliente para hacer un pago que excede del saldo adeudado por operaciones con tarjeta de crédito o líneas de crédito (conocidas como cuentas o pólizas de crédito en cuenta corriente) renovables y el excedente no es reembolsado inmediatamente al cliente añadiendo que la IF desde el 1 de enero de 2016 o incluso antes impida realizar sobre pagos que excedan de los 50.000 dólares o que ese importe sea reembolsado en un plazo de sesenta días;

Esto significa que en la práctica las cuentas de crédito (que habitualmente se reembolsan al año o los tres o seis meses) de los clientes están excluidas de ámbito de CRS y no son productos a considerar.

- g) En este apartado se agrupa una miscelánea de cuentas sobre seguros colectivos, cuentas de aportaciones a patrimonios de personas con discapacidad y cuentas preexistentes con saldo anual (entendemos que saldo medio) inferior a 1.000 euros que puedan considerarse inactivas (excepto las de contratos de anualidades).

Finalmente el Ministerio de Hacienda se reserva la capacidad de aumentar esta lista de cuentas excluidas.

La letra D, punto 5 aborda un asunto de especial complejidad y transcendencia práctica: las personas que ejercen el control.

Son aquellas personas físicas que controlan una entidad según lo dispuesto en el art.4³⁶⁵ de la Ley 10/2010 (aquí si tenemos una remisión directa a normas de Blanqueo) así como el 8 y 9.5 de su Reglamento (RD 304/2014).

Esta definición ha de conectarse con la regulación sobre Prevención de Blanqueo de Capitales (PBC) y el titular real que lleva a cabo la conocida como Cuarta Directiva sobre PBC, la Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015³⁶⁶ y especialmente art. 3.6³⁶⁷ y el art.30 en especial punto 5.³⁶⁸

³⁶⁵ Artículo 4. Identificación del titular real.

“1. Los sujetos obligados identificarán al titular real y adoptarán medidas adecuadas a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones.

2. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por titular real:

- a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones.
- b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica. Se exceptúan las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes.
- c) La persona o personas físicas que sean titulares o ejerzan el control del 25 por ciento o más de los bienes de un instrumento o persona jurídica que administre o distribuya fondos, o cuando los beneficiarios estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa principalmente la persona o instrumento jurídico.

3. Los sujetos obligados recabarán información de los clientes para determinar si éstos actúan por cuenta propia o de terceros. Cuando existan indicios o certeza de que los clientes no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados recabarán la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan aquéllos.

4. Los sujetos obligados adoptarán medidas adecuadas al efecto de determinar la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas.

Los sujetos obligados no establecerán o mantendrán relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse. Si se trata de sociedades cuyas acciones estén representadas mediante títulos al portador, se aplicará la prohibición anterior salvo que el sujeto obligado determine por otros medios la estructura de propiedad o de control. Esta prohibición no será aplicable a la conversión de los títulos al portador en títulos nominativos o en anotaciones en cuenta.”

³⁶⁶ Directiva UE 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del

Esencialmente se acusa la necesidad de información precisa y actualizada (y este reto trata de resolverse en España con los Ficheros de Titularidad real y acceso electrónico a las bases de datos del Notariado por parte de las Instituciones Financieras españolas) sobre el titular real como elemento decisivo para localizar al delincuente que oculta su identidad tras una estructura societaria.

Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2015_141_R_0003&from=ES (último acceso 30-8-16).

³⁶⁷ 6) «titular real»: la persona o personas físicas que tengan la propiedad o el control en último término del cliente o la persona o personas físicas por cuenta de las cuales se lleve a cabo una transacción o actividad, con inclusión, como mínimo, de: a) en el caso de las personas jurídicas: i) la persona o personas físicas que en último término tengan la propiedad o el control de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta de un porcentaje suficiente de acciones o derechos de voto o derechos de propiedad en dicha entidad, incluidas las carteras de acciones al portador, o mediante el control por otros medios, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad. El hecho de que una persona física tenga una participación en el capital social del 25 % más una acción o un derecho de propiedad superior al 25 % en el cliente será un indicio de propiedad directa. El hecho de que una sociedad, que esté bajo el control de una o varias personas físicas, o de que múltiples sociedades, que estén a su vez bajo el control de la misma persona o personas físicas, tenga una participación en el capital social del 25 % más una acción o un derecho de propiedad superior al 25 % en el cliente será un indicio de propiedad indirecta. Lo anterior se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a decidir que un porcentaje menor pueda ser indicio de propiedad o control. La existencia de «control por otros medios» podrá determinarse, entre otras maneras, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 22, apartados 1 a 5, de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (3), ii) en caso de que, una vez agotados todos los medios posibles y siempre que no haya motivos de sospecha, no se identifique a ninguna persona con arreglo al inciso i), o en caso de que haya dudas de que la persona o personas identificadas sean los titulares reales, la persona o personas físicas que ejerzan un cargo de dirección de alto nivel, las entidades obligadas conservarán registros de las medidas tomadas para identificar a quien ejerce la titularidad real con arreglo al inciso i) y al presente inciso; b) en el caso de los fideicomisos: i) el fideicomitente, ii) el fideicomisario o fideicomisarios, iii) el protector, de haberlo, iv) los beneficiarios; o cuando los beneficiarios de la entidad o la estructura jurídicas estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúan principalmente la entidad o la estructura jurídicas, v) cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios; 5.6.2015 L 141/86 Diario Oficial de la Unión Europea ES c) si se trata de entidades jurídicas como las fundaciones, y de estructuras jurídicas similares a los fideicomisos, estarán incluidas en esta categoría la persona o personas físicas que ejerzan un cargo equivalente o similar a los contemplados en la letra b).

³⁶⁸ “5. Los Estados miembros velarán por que toda la información sobre la titularidad real esté en todos los casos a disposición de: a) las autoridades competentes y las UIF, sin restricción alguna; b) las entidades obligadas, en el marco de la aplicación de las medidas de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con el capítulo II; c) toda persona u organización que pueda demostrar un interés legítimo. Las personas u organizaciones a que se refiere la letra c) tendrán acceso, como mínimo, al nombre y apellidos, mes y año de nacimiento, la nacionalidad y el país de residencia del titular real, así como a la naturaleza y alcance de la participación real. A efectos del presente apartado, el acceso a la información sobre la titularidad real se hará de conformidad con las normas sobre protección de datos y podrá estar sujeta a un registro en línea y al pago de una tasa. Las tasas aplicadas por la obtención de información no deberán exceder de los correspondientes costes administrativos.”

Los puntos 6 y 7 con los que finaliza la Sección tratan de aportar luz, con poca fortuna a nuestro parecer, al concepto de Entidad No Financiera Pasiva (ENFP) y Activa.

Es una larga reivindicación de todo el sector bancario (así como personal), expresada al regulador en numerosos foros, que estos conceptos jurídicos y contables son ajenos a la terminología europea. Se trata de importaciones del mundo anglosajón difíciles de encajar en nuestro entramado legal y sobre los que no se han puesto ni tan siquiera ejemplos. Empero, complicando la situación, la mayoría de instituciones financieras españolas optó en su día por contratar una solución informática que mediante un algoritmo catalogase a la mayoría de personas jurídicas existentes en sus bases de datos. Ello ha generado una menor profundización al considerar “resuelta” esta parte de la diligencia debida o análisis y en la práctica permanece abierta una clara debilidad fácilmente demostrable con ejemplos que o bien cataloga en exceso o bien deja fuera a entidades si solo se atiende a un criterio contable.

En tal sentido, optamos por considerar los datos contables pero simultáneamente también la información dimanante de la base de datos que nos aporta una óptica de amplio espectro sobre el cliente y sus circunstancias.

La ENF Pasiva será aquella que no es activa o la aquella cuya renta bruta es atribuible principalmente a la inversión, reinversión o negociación en activos financieros.

Por tanto, es crucial saber que la Entidad No Financiera Activa lo será siempre que cumpla alguno de estos criterios:

- a) Menos del 50% de la renta bruta obtenida durante el año natural precedente es renta pasiva (alquileres, intereses, dividendos, etc.) y menos del 50% de los activos poseídos durante ese año natural precedente, sean activos que generen renta pasiva o cuya tenencia tenga por objeto su generación;³⁶⁹
- b) El capital social de la ENF se negocie regularmente en un mercado de valores reconocido o se halle vinculado a empresa cuya capital lo sea;

³⁶⁹ Pensamos que la redacción del artículo es manifiestamente mejorable pese a comprender la dificultad técnica que conlleva. No se incluyen ejemplos como si los hay en otras definiciones de la norma. No comprendemos la razón por la cual aquí no se aportan considerando que este supuesto tiene notable relevancia al categorizar la cartera de sociedades de las instituciones financieras.

- c) La ENF sea entidad estatal, banco central u organización internacional;
- d) Las actividades de la ENF consistan sustancialmente en la tenencia de acciones de una o varias filiales con actividad económica diferente de una institución financiera o prestación de servicios a esas filiales;
- e) La ENF no tenga actividad económica ni la haya tenido anteriormente pero invierta capital en activos para actividades diferentes a las de una institución financiera siempre que hayan transcurrido 24 meses desde su constitución inicial;
- f) Que la ENF no haya sido institución financiera en los últimos cinco años y se encuentre en proceso de liquidación de activos;
- g) Que la actividad de la ENF consista en la financiación y cobertura de operaciones con entidades vinculadas que no sean instituciones financieras y no preste servicios de financiación o cobertura a ninguna entidad que no sea vinculada siendo las actividades diferentes de las vinculadas diferentes a las de una institución financiera;
- h) Finalmente a modo de cajón de sastre, se determina que una ENF establecida y operativa en un país o jurisdicción de residencia fiscal exclusivamente (cosa difícil de probar y que abre un campo de litigio...) con fines educativos, religiosos, científicos, culturales deportivos o benéficos o está establecida y opera en su país o jurisdicción de residencia fiscal como organización profesional o asociación de promoción de intereses comerciales, cámara de comercio, sindicato, organización agrícola, asociación cívica u organización para promover el bienestar social como fin único;

Junto a todo esto, la sociedad debe estar exenta del impuesto la renta en su país de residencia y no tener accionistas o socios que sean beneficiarios efectivos o propietarios de su renta o activos. La legislación de su país debe impedir la distribución de estas rentas entre particulares o entidades no benéficas. Al tiempo esa legislación del país o jurisdicción de residencia fiscal debe exigir que tras su disolución o liquidación todos sus activos se distribuyan a una entidad estatal u otra entidad sin ánimo de lucro.

El apartado E de esta extensa Sección clarifica, entre otros, los siguientes conceptos:

- Titular de cuenta será aquel que figure como titular registrado o identificado como tal en cuenta financiera abierta en IF. Los caracteres de representante, custodio, agente, signatario, asesor de inversiones e intermediario no tendrán el tratamiento de titulares de cuenta. Junto a todo esto y la similitud de la legislación internacional FATCA, el carácter de autorizado en cuenta tampoco se contempla en la legislación CRS.

En los casos de contrato de seguro con valor en efectivo o de anualidades el titular será cualquier persona con derecho a disponer del valor en efectivo o modificar el beneficiario del contrato (pues supone el control del mismo y ser el mayor interesado en el).

- Si en los conceptos de entidad se engloba a toda persona jurídica como sociedades de capital o de personas y fundaciones, una entidad vinculada a otra será aquella que la controla o tienen un control común o están bajo la misma dirección. Se determina que el control incluye la participación directa o indirecta en más del 50% del capital de una entidad y la posesión de más del 50% de los derechos de voto en la misma.
- Los documentos que se aceptan como válidos a modo de prueba documental son:
 - a) Certificado de residencia emitido por organismo del Estado autorizado para ello;
 - b) En caso de persona física cualquier identificación válida emitida por organismo estatal autorizado para ello donde conste el nombre de la persona y se emplee habitualmente para la identificación (p. ej. permiso de conducir);
 - c) En caso de persona jurídica, todo documento oficial emitido por organismo autorizado al efecto donde conste nombre y domicilio de su sede en el país o jurisdicción de constitución de la entidad. No se considera domicilio la sede de una entidad la dirección de la institución financiera en la que la entidad tenga abierta una cuenta, ni un apartado de correos o una dirección utilizada por la entidad para la recepción o retención de correspondencia salvo que esta figure como tal en los documentos de constitución de la misma sea la única utilizada por la entidad;

- d) de manera innovadora se admite como prueba documental un estado financiero auditado así como un informe crediticio elaborado por un tercero o el informe del regulador del mercado de valores o incluso una declaración de quiebra.

Aparece una regla simplificadora para las cuentas preexistentes de entidad ya que estas podrán emplear cualquier clasificación de los archivos de la IF respecto al titular de la cuenta que se haya determinado sobre la base de un sistema de codificación estándar del sector (nos referimos a los Códigos CNAE de actividad empresarial por sectores de actividad) que haya sido registrado según sus prácticas comerciales habituales para aplicar la legislación de Prevención de Blanqueo de Capitales previamente.

Para concluir, la Sección IX aporta tres normas adicionales:

- 1) El cambio de circunstancias es aquel que da lugar a incluir nueva información relevante sobre la condición de una persona o que no concuerde con la asignada. La modificación de la información existente también se considera cambio (nuevos titulares, cambio de titulares, nuevo domicilio, etc.). En estos casos la institución financiera deberá obtener a más tardar en el último día del año natural o en noventa días naturales después de la notificación o descubrimiento de ese cambio de circunstancias, una nueva declaración de residencia fiscal con sus pruebas consiguientes;
- 2) A fuer de reiterativa, se nos recuerda que para determinar los conceptos de residencia y sucursal se aplica la Ley del Impuesto de Sociedades (LIS) 27/2014 así como el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (RDL 5/2004);

El criterio puede resumirse en que si están constituidas en España, su lugar de administración es España o se supervisa financieramente en España, están obligadas a comunicar información encontrándose concernidas por esta legislación.

- 3) Las cuentas inactivas son aquellas en las que su titular no ha realizado operaciones durante los tres años anteriores ni ese titular ha tenido

contacto con la IF durante los seis años anteriores y la cuenta ha sido tratada como inactiva según los procedimientos habituales de la IF.

Así mismo una cuenta que no esté documentada deberá ser objeto de comunicación según los procedimientos descritos a tal fin.

El marco normativo español sobre FATCA y CRS se completa con la Disposición Adicional vigésima segunda de la Ley 34/2015 de 21 de septiembre³⁷⁰ que reforma la Ley General Tributaria.

Mediante la misma se incorporan nuevas obligaciones (información y diligencia debida sobre cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua (no se menciona el intercambio ni la cooperación internacional) y se establece un régimen sancionador específico.

El texto se compone de ocho puntos.

El primero contextualiza la identificación de la residencia de las personas con titularidad o control de ciertas cuentas financieras con las Directivas comunitarias 2011/16/UE y 2014/107/UE así como el mencionado Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes³⁷¹; de tal modo se iguala el alcance de la cooperación administrativa entre Estados miembros y terceros Estados minimizando costes de cumplimiento por parte de las IF.

Esas personas están obligadas a identificar su residencia fiscal ante las IF donde estén abiertas sus cuentas.

Se confirma por tanto que las IF han de identificar a toda su cartera de clientes para después informar solo de algunos (aquellos cuyos países sean firmantes de los Acuerdos CRS y titulares de productos pertinentes).

Los puntos 2, 3 y 4 tratan las infracciones y sanciones correspondientes a los deberes supra escritos.

³⁷⁰ BOE núm. 227 de 22 de septiembre de 2015.

³⁷¹ Nótese que el Acuerdo Multilateral de Berlín se firmó el 29 de octubre de 2014 y posteriormente el 9 de diciembre 2014 se aprobó la Directiva 2014/107/UE que amplía el ámbito de información de los Estados miembros y alinea sus obligaciones con respecto al CRS.

El punto 3 diferencia dos tipos de infracción tributaria:

- a) Infracción de las Instituciones Financieras por no identificar la residencia de las personas que ostentan titularidad o control de cuentas financieras siempre que el incumplimiento no determine el incumplimiento de la obligación de suministro de información de esas cuentas. Para estos casos la conducta se considera grave y se sanciona con multa fija de 200 euros por cada persona que no haya sido informada.

Si consideramos que la base de datos de una institución financiera está compuesta por cientos de miles de clientes y extrapolamos los clientes afectados por el intercambio automático de datos CRS, el panorama es complejo para aquellas instituciones financieras que no tomen en serio el asunto, máxime conociendo la actualidad y las conexiones que el fraude, la evasión y el blanqueo de capitales pueden presentar respecto a los paraísos fiscales.

Nuestra recomendación es invertir en medios, sistemas y asesoramiento para implantar la norma y evitar estas sanciones económicas junto a los riesgos reputacionales implícitos a una sanción por incumplir la Ley en materia de fraude fiscal;

- b) Infracción de las personas que comuniquen a la IF datos falsos, incompletos o inexactos en relación con las declaraciones exigibles para identificar su residencia fiscal siempre que se derive de esa actuación una incorrecta identificación al respecto. Esta infracción, considerada igualmente grave, se sanciona con multa fija de 300 euros.

El punto 5 de esta Disposición Adicional señala que falta de aportación de las declaraciones de residencia fiscal en el plazo de noventa días desde la “solicitud de apertura” por las personas que ostenten titularidad o control de cuentas financieras abiertas a partir del 1 de enero de 2016, determinará que la institución financiera “no realice cargos, abonos ni cualesquiera otras operaciones en la misma hasta el momento de su aportación”.

El debate sobre la naturaleza de este bloqueo efectivo en la práctica bancaria no ha sido ciertamente pacífico; dos corrientes confluían en este aspecto determinante de la norma que confiere sin duda coercibilidad a la misma.

De una parte los favorables a entender que la idea subyacente es bloquear la operatividad (en mayor o menor medida) del cliente y cuenta que se niega a colaborar con el Fisco y cumplir la Ley. Es cierto que hoy las sistemas tecnológicos permiten graduar el término de bloqueo por importe, naturaleza, concepto y tiempo facilitando lo que podríamos considerar un bloqueo *ad hoc* o casi a la media de lo que se exige. Entendemos que la finalidad no es, por ejemplo, bloquear una cuenta asociada a un préstamo hipotecario haciendo incurrir en morosidad al cliente y provocando la dotación del crédito a su banco. La esencia del bloqueo radica en ser un *stick* o un acicate para compeler al cliente bancario a aportar la documentación para luego ser intercambiada entre Autoridades Tributarias rediciendo la evasión y la elusión fiscal.

De otra parte figuran aquellos que rechazan el bloqueo como consecuencia del texto que estamos comentando. Mantienen que ese no es el tenor literal del texto y que si el regulador hubiera querido bloquear así lo habría indicado expresamente. Al tiempo, alegan dificultades técnicas para implantar un proceso (manual y automático) que genere los mismos y aventuran una oleada de reclamaciones de los clientes afectados ante Banco de España, los Departamentos de Atención al cliente y los propios tribunales en relación con el mismo.

El punto 6 recuerda que la información, documentación y declaraciones del cliente deben estar a disposición de la Autoridad Tributaria estatal hasta cuatro años después del cierre de la cuenta financiera. El plazo es notablemente alto si bien no alcanza a los seis años que habitualmente se custodia otra documentación del cliente en otros ámbitos regulativos. En la práctica al computar cuatro desde el cierre, está exigiendo un periodo alto y una diligencia debida que por el momento no tiene parangón en el sector español salvo los diez años relativos a la custodia de documentos relacionados con el blanqueo de capitales y sus procedimientos.

Lo dispuesto en los puntos 5 y 6 se extiende al ámbito de cuentas FATCA por expresa mención del punto 8 de la Disposición dándose la peculiaridad de que en el caso de cuentas abiertas durante 2015 que a 1 de enero de 2016 no hayan aportado las declaraciones correspondientes (en el ámbito FATCA el formulario oficial de declaración llamado W-9) , su falta de aportación a la IF en el plazo de sesenta días “desde dicha fecha” (es decir, desde el 29 de febrero de 2016) “determinará el bloqueo

(“no realice cargos, abonos, ni cualesquiera otras operaciones en la misma hasta su aportación”).

La polémica surge de nuevo sobre el valor del bloqueo en las cuentas FATCA y entendemos que la norma acorta los plazos de entrega de documentación por el mayor conocimiento y antigüedad de esta legislación en España tratando empero de reforzar y apuntalar su cumplimiento.

Concluyendo, entre los deberes de la institución financiera para cumplir con FATCA se encuentra el tener bloqueadas las cuentas abiertas en 2015, que a la fecha de 29 de febrero (año bisiesto) de 2016 no hayan aportado la declaración de residencia fiscal.³⁷² Es novedoso introducir el bloqueo de cuentas como tal ya que el antecedente directo de esta medida en la prevención del blanqueo de capitales no es de igual naturaleza al exigir el “cierre de relaciones comerciales” que pensamos es de mayor envergadura y acarrea graves consecuencias prácticas para clientes de una institución financiera.

No existen en nuestra literatura jurídica demasiados comentarios o antecedentes sobre la naturaleza jurídica de este bloqueo de cuentas de una norma cuya motivación ha de buscarse en la transposición de la Directiva 2005/60/CE³⁷³.

La práctica diaria constata como el cliente *US Person* (aquel que se declara y reconoce contribuyente estadounidense) se siente más cómodo firmando el W9 al tratarse no solo de un formulario redactado en inglés (existe una versión oficial en castellano) sino encontrarse más familiarizado con el mismo por ser un documento habitual de la Autoridad Tributaria norteamericana, el IRS.

Se completa el análisis de este cuerpo legislativo con el punto 7. Nos hallamos ante una mención a la regulación de la UE. Dispone que toda institución financiera sujeta a la Directiva 2011/16/UE (es decir, participante y sujeta a CRS dentro de la UE) habrá de comunicar información sobre la persona física citada en el art.8.3 bis de la citada Directiva que establece la comunicación a la Autoridad Tributaria del Estado Miembro

³⁷² W-9 o formulario alternativo que incluya datos personales como lugar de residencia, fecha y sobre todo el TIN, que en EEUU que coincide con el número de la Seguridad Social y se compone de nueve dígitos.

³⁷³ Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:309:0015:0036:ES:PDF> (último acceso 30-8-18).

a que corresponda esa persona física antes de 31 de enero de año siguiente al primer año en que la cuenta esta bajo el régimen de comunicación.³⁷⁴

No es habitual esta forma de enlace sobre las fechas y en cualquier caso nos parece algo confuso pero sin duda la pretensión es abarcar el máximo espacio de tiempo posible.

El marco normativo de CRS concluye con la redacción que el Real Decreto 410/2014 de junio da al nuevo art. 37 bis del Real Decreto 1065/2007 de 27 de julio que aprobaba el Reglamento General de actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

En su párrafo tercero este RD 410/2014³⁷⁵ menciona la necesidad de adaptar la normativa sobre asistencia mutua a los proyectos actualmente en desarrollo de intercambio automático de información basados en un sistema global y estandarizado de prevención y lucha el fraude fiscal (los ya conocidos FATCA y CRS).

Efectivamente el artículo segundo de este Real Decreto introduce una nueva redacción en el Reglamento de gestión tributaria: el art. 37 bis con cinco apartados.

El primer punto recuerda a todas las instituciones financieras su obligación de presentar una declaración informativa sobre cuentas financieras abiertas que estén dentro de los perfiles del intercambio automático tributario.

Se persigue identificar residencia o nacionalidad de las personas que ostenten la titularidad o control de las cuentas. (p.2)

³⁷⁴ Art.8.3 bis Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CE fue introducido por la reforma de la Directiva 2014/107/UE del Consejo para resultar la siguiente redacción : “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para exigir que sus instituciones financieras obligadas a comunicar información apliquen las normas de comunicación de información y diligencia debida incluidas en los anexos I y II y para garantizar la aplicación efectiva de dichas normas y su cumplimiento de conformidad con la sección IX del anexo I.

En virtud de las normas de comunicación de información y diligencia debida aplicables incluidas en los anexos I y II, la autoridad competente de cada Estado miembro comunicará a la autoridad competente de cualquier otro Estado miembro, mediante el intercambio automático y en el plazo establecido en el apartado 6, letra b, la siguiente información relativa a los periodos impositivos a partir del 1 de enero de 2016 correspondiente a una cuenta sujeta a comunicación de información”.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0107>, (último acceso 10-6-16).

³⁷⁵ BOE núm. 138 de 7 de junio de 2014 disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/07/pdfs/BOE-A-2014-6006.pdf>, (último acceso 2-4-18).

Una mención genérica al contenido de la información se plasma en el p.3, justificable en hacer extensivo a todo desarrollo legislativo posterior a la fecha de publicación de este nuevo art. 37 bis (no solo FATCA y CRS sino las Directivas comunitarias estarían incluidas en esta amplia referencia a la “asistencia mutua”) que incluye los datos de nombre y apellidos, razón social, numeración completa de la cuenta y específicamente el número de identificación fiscal de la persona o entidad titular de la cuenta o producto. Reiteramos que es precisamente el identificador fiscal, la nueva exigencia que toda la legislación, vista a lo largo de este Trabajo, impone a las instituciones financieras y clientes para ser intercambiado entre los Estados (quizás sea un paso para caminar hacia el NIF europeo que el Programa FISCALIS de la UE propuso en 2012 y hemos comentado en el capítulo I de esta tesis).

Por consiguiente, desde la instauración de FATCA y CRS en nuestro país, una labor de concienciación y exigencia por parte de las instituciones financieras hacia sus clientes al solicitarles su número fiscal para lograr, al observar la Ley, una fiscalidad justa y progresiva. Como se ha afirmado desde el Ministerio de Hacienda ya no será suficiente con solicitar un NIF al nacional español, también habrá de hacerse lo propio con el extranjero, sea o no residente; entre otras razones porque el pasaporte o NIF (empleados únicamente hasta el momento) que le identifica en España no es válido a los efectos tributarios que estas iniciativas pretender cubrir.

Interesante nos resulta la reserva que el Ministerio de Hacienda hace en su favor para poder declarar la aplicación de una cláusula más favorable a otra en materia de asistencia mutua. En concreto FATCA ya incluía esta expresión al referirse al art.7 del IGA entre España y EEUU en conexión con el art. 4 de la Orden HAP 1136/2014 de 30 de junio que aprueba el modelo de *reporting* 290.

El rango que tal aplicación exige es el de Orden del Ministro de Hacienda con la preceptiva publicación en el BOE previo al cumplimiento de la obligación de informar; precisamente el punto 5 del artículo concluye que se aprobarán, mediante Orden del Ministro, los modelos de declaración correspondientes; estos modelos aluden a la citada Orden HAP 1136/2014 de 30 de junio que implanta el modelo 290 para FATCA y a la

Orden HAP 1695/2016 de 25 de octubre que aprueba el modelo 289 de declaración informativa anula de cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua (CRS)³⁷⁶.

Esta Orden de 2016 se compone de seis artículos, siete disposiciones y tres anexos³⁷⁷.

La parte substancial de la OM se encuentra en la Disposición derogatoria única y los Anexos; aquí encontramos singularidades de calado tanto en el terreno de la diligencia debida como en la aplicación práctica que las instituciones financieras puedan llevar a cabo sobre la misma.

El contenido del modelo 289 enuncia una primera parte sobre la institución financiera, una segunda y tercera sobre la cuenta y su titular y una última sobre los titulares en caso de que ejerzan el control sobre una Entidad No Financiera Pasiva.

En su parte introductoria la Orden de este modelo 289 aclara que el anclaje normativo de CRS es el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal de 1988 del Consejo de Europa y la OCDE (modificado por protocolo de 2010) y en concreto su art. 6 que consagra el intercambio automático de información tributaria. Destacamos este anclaje por resultar diferente al de FATCA basado en el CDI bilateral entre España y EEUU y art. 26 (27 en el CDI) de Modelo de Convenio OCDE.

Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico español, FATCA y CRS mantienen diferentes anclajes y provienen de legalidades distintas.

La Orden contiene las novedades siguientes:

- Aprueba el modelo 289 anual de declaración informativa a efectos de CRS de tal forma que queda dibujado el contenido y el formato de esta declaración. El plazo de presentación del mismo abarca el periodo de 1 de enero a 31 de mayo sobre información del año anterior (art.1);

Señala en su art.2 (mediante remisión al RD 1021/2015) las IF españolas con consideración de obligadas a comunicar información (entre otras bancos,

³⁷⁶ BOE núm. 260 de 27 de octubre de 2016 disponible en:
<https://www.boe.es/boe/dias/2016/10/27/pdfs/BOE-A-2016-9834.pdf> (último acceso 4-6-18).

³⁷⁷ El Borrador contenía cinco artículos, seis disposiciones y dos anexos habiéndose por tanto realizado en el texto final un esfuerzo clarificador en la norma sobre la propuesta inicial que incluye las aportaciones del sector bancario y asegurador principalmente.

ciertas aseguradoras, sociedades y fondos de capital riesgo, determinados vehículos de inversión, instituciones de inversión colecta y empresas de servicios de inversión).

El art. 3 dispone la información del Anexo III deberá ser objeto de declaración.

El art. 4 se dedica exclusivamente al plazo de presentación del modelo 289: del 1 de enero al 31 de mayo, algo que no explicitaba el Borrador de la OM.

El art. 5 (4 en el Borrador) incluye las letras a y b como novedad sobre el texto inicialmente propuesto. Se trata de un detalle mayor sobre el contenido de los registros a intercambiar entre jurisdicciones distinguiendo ámbito UE (Directivas 2011/16 y 2014/107) y jurisdicciones del Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes.

El art. 6 (5 en el Borrador) nos remite al Anexo III de la Orden y a las novedades electrónicas que presente en su web la AEAT al respecto.

La Disposición Adicional Única (no incluida en el Borrador) se ocupa de las Instituciones de inversión colectiva de manera exclusiva lo que aporta una idea de la importancia conferida a su regulación y afectación por CRS. En concreto señala que los fondos de inversión comercializados por una entidad diferente a la gestora tendrán la consideración de instrumentos de inversión colectiva exentos a los efectos del Real Decreto 1021/2015 así como las SICAVs.

La Disposición Final segunda expone que la declaración del cliente para acreditar su residencia fiscal ha de ser entregada en la IF correspondiente donde el declarante realice la operación o apertura de cuenta de “activo, pasivo o valores en el plazo de un mes desde la apertura”. Compárese este plazo con el de noventa días para el bloqueo.

- Con el fin de evitar dos calendarios entre FATCA y CRS se homogeneiza el plazo de comunicación de información de ambas materias extendiendo el de FATCA hasta el 31 de mayo de cada año;

- Se produce la derogación de la Orden EHA/2339/2005 de 13 de julio que aprobaba el modelo 299 sobre declaración anual de rentas obtenidas por las personas físicas residentes en la UE y en otros territorios con los que se haya establecido un intercambio de información

Tan solo mantiene el modelo 299 residualmente para el ejercicio 2016 respecto a los residentes en Aruba y San Martín (dos antiguos paraísos fiscales). En el Borrador figuraba Austria que finalmente ha accedido a colaborar con el intercambio desde 2017.

- La Disposición final cuarta modifica el contenido del modelo 291 sobre cuentas de no residentes. Se trata de incorporar dos nuevos campos relativos al volumen total de entradas y salidas de la cuenta financiera con la finalidad de evitar bajadas o salidas de las cuentas a finales de diciembre de cada año o último día del trimestre quedando vacías para eludir el control de la normativa. Lo cierto es que esta medida es innecesaria para aquellas instituciones que tengan la capacidad de reflejar en sus aplicativos informáticos el saldo medio anual y el trimestral de cada cliente. Por lo tanto, el no residente aportará una declaración de residencia fiscal en otro Estado según la IPFNR y que no dispongan de establecimiento permanente en España y asuman el compromiso de comunicar un cambio de circunstancias. Esta Declaración y su compromiso delimitan un contenido mínimo que ha de ser solicitado a todo cliente no residente de una institución financiera española preferentemente, como hemos señalado, desde el momento de iniciar relaciones comerciales. Las declaraciones y documentos que las soporten deberán ser conservados, a disposición de la AEAT, “hasta la finalización del cuarto año siguiente a aquel en el que se produzca el cierre de la cuenta financiera”. Queda patente del resto de la Disposición que cualquier declaración propuesta por la OCDE que incluya un contenido mínimo, acorde con el del Real Decreto 1021/2015 como cualquier otro elaborado por las instituciones financieras, será igualmente válida;
- En el Anexo I incluye un listado de países cuya residencia fiscal es relevante para la comunicación de información. Este listado se actualizará periódicamente en atención a los acuerdos internacionales que España

suscriba en esta materia. Tres bloques lo componen: países UE, países con acuerdo UE y países y jurisdicciones firmantes del Acuerdo de Berlín comprometidos con el intercambio de información tributaria en 2017. Respecto del Borrador se ha eliminado la mención a 2018 y los términos “*early adopters*” y se ha incluido el término “jurisdicciones” que no aparecía previamente. Así mismo se adopta un orden alfabético en la presentación de las jurisdicciones y se incluye novedosamente a Gibraltar³⁷⁸.

Se recuerda que toda persona que sea no residente fiscal en nuestro país deberá acreditar su estatus si bien sólo existe obligación de comunicar información con los territorios que han acordado recíprocamente el intercambio con España;

- El Anexo II reúne las jurisdicciones participantes con las que España acuerda la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas con titularidad o control de ciertas cuentas financieras y la obligación de informar sobre las mismas. La lista incluye notable ausencias como Hong Kong, Panamá, Bahamas o Marruecos. Nos preguntamos la consideración que debe adoptarse sobre estos territorios y en qué medida su ausencia de la lista de intercambios de información los aísla o los condena a ser considerados paraísos fiscales.

Este es un aspecto esencial de la Orden Ministerial y determinará la manera de obtención de los datos del cliente en el proceso de apertura de cuentas “de activo, pasivo o de valores” salvo que se opte por recabar esa información posteriormente (contado con los plazos que ya hemos glosado) y con las molestias que ello pueda conllevar;

- El Anexo III ha incluido novedosas menciones con respecto al texto original del Borrador presentado en su día. Así sobre las cuentas financieras y la diligencia debida se incluye al tratarse de un contrato de seguro “el valor de

³⁷⁸ Sobre el valor jurídico y las consecuencias de la firma de los últimos Acuerdos de Intercambio de Información firmados por este territorio véase PONTÓN ARICHA, T.: “Los Acuerdos de Intercambio de Información Fiscal de Gibraltar”, Cuadernos de Gibraltar – Gibraltar Reports, (2), 2018, pp. 225-262. Disponible en: <https://revistas.uca.es/index.php/cdg/article/view/4603> (último acceso 3-9-19).

rescate o el valor de capitalización” clarificando así la labor de las aseguradoras obligada por CRS.

El punto 13 establece la necesidad de señalar si estamos ante una cuenta inactiva; esta mención no aparecía en el Borrador, siendo así mismo nuevo el contenido el punto 14 al regular la necesidad de incluir el país de residencia de la instituciones financiera para el caso de cuentas no documentadas, es decir, aquellas que no se ha conseguido determinar residencia fiscal y/o TIN. En la práctica ello se traduce en que la AEAT puede con facilidad conocer que clientes va a intercambiar y con qué jurisdicciones con solo revisar la completitud de la información de las instituciones financieras. Consideramos, sin embargo, que no debería tratarse de igual manera la no aportación de un dato crítico, por ejemplo de un TIN, que otro dato como un domicilio, lugar o fecha de nacimiento.

El punto 21 trata de aligerar la regulación sobre Entidades No Financieras Pasivas con una o más personas de control, residentes en jurisdicciones de intercambio;

- Por último, y pensamos que como elemento destacado, se recuerda y pone en valor la Declaración de Residencia Fiscal (DRF) que quedó establecida por la Orden HAP/2487/2014 de 17 de diciembre³⁷⁹ y que refundía en un único modelo oficial otros previos que permiten declarar la condición de no residente ante una IF. Hemos sostenido el casi nulo uso que de este modelo ha realizado el sector bancario español, quizás preso de urgencias de última hora, al aplicar la legislación o quizás porque nunca apprehendió el sentido real de la norma al pretender facilitar y unificar información del cliente, aligerando cargas administrativas para todos los involucrados en el proceso; bien es cierto que si reconocemos la complejidad de la normativa CRS lo es más tratar de coordinar esfuerzos entre diferentes departamentos a los que pueda afectar en una IF esta DRF; cabría citar a Organización, a la Unidad de Prevención de Blanqueo de Capitales, a Extranjero, Fiscal, Operaciones e

³⁷⁹ El BOE núm. 31 de 31 de diciembre de 2014 señala: “Con el objeto de simplificar los procedimientos aplicables, mediante estas modificaciones se ha procedido a la refundición en un único modelo de declaración de residencia fiscal”, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-13676, (último acceso 18-6-18).

Informática, sin olvidar que los datos se reciben a través de oficinas y por tanto la Red de Negocio y su colaboración es esencial en esta labor. No pensamos que sacar a colación la citada Orden y su DRF como modelo único sea cuestión circunstancial sino una sugerencia del regulador que el sector debe entender como tal, pese a no estar habituado a estas formas de regular y de percibir de la Administración consejos para una adaptación a la medida del traje de cada IF; de hecho, no existe una DRF sino tantas como instituciones financieras (la propia OCDE ha publicado diversos formularios en su portal de internet a modo de ejemplo), sin perjuicio del contenido mínimo legal; estamos ante un cambio de paradigma acostumbrados hasta ahora a ceñirnos a la literalidad de un Boletín Oficial. En suma, un proceso más abierto y de inspiración anglosajona como el propio origen de todo este cuerpo jurídico. Un amplio sector de la banca española, representado en la AEB y CECA, como sus dos patronales más fuertes y nutridas, sostiene que es una oportunidad revisar, con este motivo, los formularios de auto-declaración de los clientes de CRS y FATCA (en la práctica y por su facilidad y amplio espectro de esas normas se aplican a todo cliente y el proceso de alta en general buscando una mayor eficiencia).

Finalmente la Orden HAP/1695/2016 ha sido actualizada por la Orden HFP/1308/2017 de 29 de diciembre. En su artículo sexto publica dos anexos:

- Anexo I incluye las jurisdicciones y países de los residentes fiscales sobre los que han de presentarse declaraciones informativas por parte de las Instituciones financieras empleando el modelo 289;
- Anexo II: de idéntica manera se modifica este Anexo sobre las jurisdicciones con consideración de participantes según el Real Decreto 1021/2015 y determina la obligatoriedad de identificar la residencia fiscal de personas con titularidad o control de ciertas cuentas financieras así como el deber de informar sobre estas.

En la Disposición Final segunda se puntualiza que la condición de jurisdicción participante en el Anexo II lo será siempre que esos países hayan activado el correspondiente acuerdo antes del 30 de abril de respecto a la información del año anterior.

MARCOS NORMATIVOS en España			
LEY	FATCA	CRS	UE
	IGA España 1/7/14	AMAC 29/10/2014	Directiva 2003/48
	Orden HAP/1136/2014 (Mod. 290)	Orden HAP/1695/2016 (Mod. 289)	Directiva 2011/16
	AAC España - EEUU 15/1/16	CRS OCDE, manual, comentarios y FAQs	Directiva 2014/107
	RD 1021/2015, DA 3ª	RD 1021/2015 DA 3ª	RD 1021/2015 DA 3ª
	Artículo 37 bis RD 1065/2007	Artículo 37 bis RD 1065/2007	Artículo 37 bis RD 1065/2007
	DA 22ª LGT (ley 34/2015)	DA 22ª LGT (ley 34/2015)	DA 22ª LGT (ley 34/2015)
	FAQs AEAT		

Fuente: D. Coronas

2.3.4 Las Directivas de la UE sobre fraude fiscal e intercambio de información tributaria: Evolución y aplicación en España.

En el ámbito de las Directivas comunitarias percibimos un notable avance en la preocupación y tratamiento por el fraude fiscal (véase el capítulo I al respecto) y el intercambio automático de información tributaria como medio para combatirlo.

De igual manera, constatamos una evolución significativa traducible en varios aspectos:

1. El intercambio de información en el seno de la UE es el mecanismo preferido para reducir la evasión fiscal por los ingresos procedentes de intereses de los residentes en la UE, si bien los Estados Miembros podían, en aquellos albores (1998), imponer durante un periodo transitorio una retención de impuestos.
2. Se produce una clara evolución normativa, que profundiza y sella las rendijas previas y que nos lleva desde la Directiva del Ahorro en 2003³⁸⁰ a las Directivas

³⁸⁰ Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 junio de 2003 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses; DOUE L157/38, de 26 de junio de 2003.

2011/16 y 2014/107³⁸¹ con su pormenorizado análisis de figuras e instituciones especialmente las vinculadas a las personas jurídicas y su tratamiento del fraude transfronterizo.

3. Las jurisdicciones comunitarias que preconizaban el secreto bancario (Luxemburgo, Austria y Bélgica) han ido cediendo en sus posiciones y aceptando el intercambio en su versión automática como medio de lucha contra la evasión fiscal. No obstante, habrá que estar especialmente vigilantes en la aplicación de tal intercambio. Estos tres países supusieron un efecto arrastre para otros paraísos fiscales europeos: Liechtenstein, Mónaco, Andorra y San Marino.

Se produce un periodo transitorio donde a estos territorios se les permite aplicar la retención anónima como alternativa al intercambio de información tributaria.

Se ha señalado atinadamente³⁸² que la posición, al menos, inicial de la UE en esta materia era débil y secundaria. Pensamos tras el estudio reposado de las Directivas comunitarias que no lo es tanto, y que ser pionero en la elaboración y aprobación de una legislación tan compleja no siempre es un mérito ni presupone legislar mejor; la UE, ciertamente fue pionera en la utilización del intercambio automático de información en el marco de la lucha contra el fraude fiscal y quizás deba poner el acento en la eficacia de sus medidas para encontrar resultados. También ha de decirse en su descargo que no es lo mismo legislar para un país que para veintiocho especialmente si alguno de ellos contiene a más de la mitad de los paraísos fiscales del mundo como territorios asociados, tal es el caso del Reino Unido. El tiempo y el *Brexit* proporcionarán perspectiva al respecto³⁸³.

Al revisar los textos comunitarios comprobamos una redacción sólida, con pocos puntos débiles, que no permite demasiados resquicios a la interpretación. Esa minuciosidad, sin

³⁸¹ Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad.

³⁸² GARCÍA PRATS, F.A.: "Los nuevos estándares internacionales de intercambio de información: FATCA o el fin del secreto bancario" en Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, (director) García Prats, F.A., Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 2014.

³⁸³ Respecto del Brexit y sus consecuencias véase el trabajo LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: "El Brexit más cerca: Escenarios posibles y las consecuencias para la economía española" en "Temas de Actualidad en el crédito al consumo", ASNEF, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, junio 2018, pp.51-85. Contiene lúcidas conclusiones sobre el mismo así como los retos y posibles escenarios una vez concluido este.

duda, se debe al tiempo de elaboración que las autoridades comunitarias han tenido para fraguar sus iniciativas corrigiendo errores sobre otras propuestas anteriores como la Directiva del Ahorro de 2003.

Uno de los primeros antecedentes de la UE que se preocupaba por el intercambio de información (hasta entonces no con el cariz de automatismo) era la Directiva 2003/48/CE³⁸⁴ del Consejo de 3 de junio en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. Sus veinte artículos fueron derogados por la Directiva 2015/2060 del Consejo.

Esta Directiva de 2003 presentaba como gran debilidad la falta de una posición común de los Estados miembros sobre el propio contenido de la norma: demasiados regímenes especiales (especialmente para Austria) que quebraban la solidaridad y la eficacia. De nuevo la regla de la unanimidad, como señala GARCÍA PRATS,³⁸⁵ restaba determinación.

El suministro automático de información no era aplicable a Austria, Bélgica y Luxemburgo que, durante un periodo transitorio, en vez de informar, gravaban el rendimiento de capital con una retención en la fuente.

La presión sobre estos Estados, con su presencia en la lista gris de la OCDE de paraísos fiscales en 2010, logra que prevalezca el intercambio sobre el secreto bancario vigente hasta entonces y los citados tres países se comprometieron a liquidar ese sistema transitorio opaco.

Sin embargo, como se ha señalado,³⁸⁶ la eficacia y compleción de estas medidas no hubiese sido total sin la adopción de otras que atañen a territorios británicos de ultramar, así como de los Países Bajos. La idea era evitar que los flujos de ahorro privado se desplazaran de manera masiva a otros territorios que no hubieran impuesto medidas de control e intercambio de información tributaria, de innegable transparencia. El

³⁸⁴ Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 junio de 2003 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. DOUE L157/38, de 26 de junio de 2003.

³⁸⁵ GARCÍA PRATS, F.A.: “Los nuevos estándares internacionales de intercambio de información: FATCA o el fin del secreto bancario”, en Intercambio de información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, (director) García Prats, F.A., Ed. IEF, Madrid, 2014.

³⁸⁶ MARTÍNEZ GINER, L.A.: “El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK”, Quincena Fiscal núm. 19, BIB 2012/3095.

Documento del Consejo 10038/05 FISC 69 de 21 de junio de 2005³⁸⁷ enumeraba diez territorios: Anguila, Aruba, Islas Caimán, Antillas Holandesas (desde 2010 Curazao y Sint Marteen), Montserrat, Guernsey, Jersey Isla de Man, Islas Vírgenes Británicas e Islas Turcas y Caicos.

Dos notas al respecto de estos territorios: todos fueron o han sido muy recientemente paraísos fiscales, (caracterizados por una escasa tributación y control y un nulo intercambio de datos) y todos ellos han firmado acuerdos FATCA con EEUU y han adoptado el CRS a nivel global.

El objetivo de la Directiva de 2003 (art. 1) se centraba en permitir que los rendimientos del ahorro, en forma de intereses pagados en un Estado Miembro a los beneficiarios efectivos, personas físicas residentes en otro Estado miembro, pudieran estar sujetos a imposición efectiva según la legislación de este último Estado.

Por rendimientos de ahorro se entendía aquellos pagos de intereses de créditos que constituyen rentas imponibles para los residentes de todos los Estados miembros (Considerando 2). Se excluían las cuestiones vinculadas a la tributación de las pensiones y prestaciones de seguros.

Cualquier entidad establecida en un país de la UE a la cual se hayan pagado intereses, o se le hayan atribuido disfrute del beneficiario efectivo, se consideraba agente pagador en el sentido de la Directiva (bancos, fondos de inversión, etc.). Otra forma de identificar al agente pagador era analizar su ubicación como último vínculo en la cadena de intermediarios que pagan intereses al beneficiario efectivo.

El primer problema fue que para eludir la aplicación de esa Directiva se crearon sociedades a las que se imputaron rentas del ahorro y que por tanto estaban fuera del alcance jurídico de la misma³⁸⁸. Este planteamiento inicial, algo ingenuo, del legislador europeo hubo de ser corregido once años más tarde, como veremos, en la Directiva

³⁸⁷ Disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10203-2005-INIT/es/pdf>, (último acceso 2-4-19).

³⁸⁸ Hervé FALCIANI explica la facilidad (e impunidad) con que el banco HSBC y otros tantos, prepararon sus estrategias elusorias para pasar a sociedades offshore los productos e inversiones de clientes personas físicas afectados por la Directiva del Ahorro dejando así, en gran medida, sin efecto sus disposiciones. Puede consultarse al respecto la obra FALCIANI, H. y MINCUZZI, A.: “La caja fuerte de los evasores”, La Esfera de los Libros, Madrid, 2015.

2014³⁸⁹. Esta Directiva, además, trata de solventar “la falta de coordinación entre los regímenes nacionales de tributación”(Considerando 10) sobre rendimientos del ahorro, es decir, lo que la UE pretendía era aprobar una normativa para después poder perfeccionarla, cuestión que se ha logrado, a nuestro parecer, en gran medida.

Por lo tanto identificamos dos núcleos iniciales de acción relacionados con nuestro trabajo:

- Tributación anti fraude y elusión (con mayor o menor grado de éxito) restringida al campo de los rendimientos de ahorro (hoy el enfoque atañe a todo producto financiero);
- Residencia fiscal del beneficiario como criterio de sujeción. Esta residencia, ampliamente estudiada en el capítulo I, determina que más allá de las nacionalidades, el criterio es paneuropeo y armonizador; sin duda un claro antecedente del que con posterioridad aplicará la propia UE en su corpus CRS.

No obstante, el aspecto de mayor interés radica en el Considerando 14 de la Directiva de 2003, al afirmar que la imposición efectiva de los pagos se realizará “mediante el intercambio de información entre los Estados Miembros respecto a los pagos de intereses”. Este reconocimiento marca un camino (en 2003) que consideramos precursor de siguientes textos y modelos. Este intercambio debe ser entendido en modalidad automática como afirma el Considerando 16.

Reconoce en la Directiva 77/799/CEE del Consejo³⁹⁰ una base normativa para el intercambio de información con fines fiscales compatible con esta Directiva de 2003.

Pero el auténtico problema se halla en la posibilidad de que este intercambio pueda ser limitado por los Estados como apunta el Considerando 17 al señalar que Austria, Bélgica y Luxemburgo (países todos ellos con una larga tradición de secretismo y opacidad fiscal) no podrán aplicar este intercambio simultáneamente con otros Estados

³⁸⁹ Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad.

³⁹⁰ Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos. DOUE L 336 de 27 de diciembre de 1977.

concediéndoseles un régimen transitorio (que tiene reminiscencias TRACE y RUBIK en cuanto aplica un tipo de retención fija a cuenta de los rendimientos del ahorro). Esta circunstancia se mantenía para evitar perjudicar a estos tres países con respecto a la aplicación que llevaban a cabo Suiza, Andorra Liechtenstein, Mónaco y San Marino, todos ellos paraísos fiscales en aquellos años.

Algún sector de la doctrina considera³⁹¹ que al no darse una posición común en la UE se debilitaba la posición negociadora, aspecto aprovechado por Suiza al firmar sus fallidos (debido a la crisis financiera de 2007) Acuerdos Rubik con Reino Unido, Austria y Alemania.

Un tanto vaga resulta la afirmación de esta Directiva por la que los Estados Miembros deberán transferir (sin evidente control o verificación de los otros) la mayor parte de los ingresos de esta retención a cuenta del Estado miembro de residencia del beneficiario efectivo de los intereses. Indudablemente, desde este texto, se ha avanzado notablemente y se ha abandonado la tibieza a la hora de afrontar el fraude y la evasión fiscal, tal y como comprobaremos a lo largo de este epígrafe.

Quedaban fuera del alcance de la Directiva en periodo transitorio los pagos de intereses sobre determinados instrumentos de deuda negociables, cuya regulación se trata en el art. 15, emplazando a 2010 como fecha límite para tratamiento y gestión.

Dado que la Directiva 2003/48/CE no abarcaba estos instrumentos equivalente a valores que generan intereses ni determinados medios indirectos de tendencia de esos valores se aprobó la Directiva 2014/48/UE³⁹². Sus objetivos centrales eran:

- a) Ampliar el ámbito de aplicación de la norma de 2003 que modifica para incluir productos financieros con características similares a las cuentas por cobrar (ciertos valores con tasa de rentabilidad fija garantizada) pero que jurídicamente no se consideran tales;

³⁹¹ OBERSON, X.: “*Agreements between Switzerland and UE on Taxation of Savings- A Balanced Compromis Helvetique*” BIFD, 3/2005, pp. 108-115.

³⁹² Directiva 2014/48/UE del Consejo, de 24 de marzo de 2014, por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. DOUE L 111/50 de 15 de abril de 2014.

- b) Reforzar las normas de intercambio de información sobre rendimientos del ahorro en territorio UE como medio para combatir el fraude y la evasión fiscal;
- c) Mejorar significativamente las normas surgidas para evitar que las personas físicas eludan su aplicación, empleando para tal fin entidades (p ej. una fundación) o un instrumento jurídico (p. ej. el fideicomiso) ubicado en un país de la UE;
- d) Fomentar la diligencia debida de los clientes personas físicas, evitando que estas eludan su aplicación, recurriendo a una entidad o instrumento jurídico radicado fuera de la UE que no pueda garantizar la imposición efectiva de dicha entidad, o un instrumento respecto a sus rendimientos procedentes de productos financieros cubiertos por el ámbito de la Directiva;
- e) Incluir todos los rendimientos procedentes de fondos de inversión recibidos dentro y fuera de la UE, además de los obtenidos a través de organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios conforme a la Directiva 85/611/CEE (OICVM)³⁹³.

La Directiva de 2014 señalaba un plazo de transposición de dos años (1 de enero de 2016) para que los Estados Miembros adaptasen sus legislaciones internas a los cambios que contenía.

El art. 1 bis ampliaba su ámbito de actuación, cuando definía al operador económico como toda institución financiera o crediticia o cualquier otra persona física o jurídica que realice o atribuya un pago de intereses dentro de su ejercicio profesional.

En su apartado b) se definía el lugar de administración efectiva de una entidad como aquel donde se toman las decisiones clave en la administración de su actividad. Ya sabemos que esa definición se incluyó en nuestro Derecho positivo con algunos matices.

³⁹³ Directiva 85/611/CEE de 20 de diciembre de 1985 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1985L0611:20080320:ES:PDF> (último acceso 23-8-16).

Continuando con la Directiva 2003/48, esta aseguraba respetar los derechos fundamentales, y, especialmente los principios contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

En nuestra opinión el mejor diagnóstico y reconocimiento que hasta la fecha se ha visto, reforzado por el carácter de legalidad del texto, se incluía en el Considerando 24³⁹⁴ de la Directiva de 2003 donde apunta (casi diríamos que acusa) a Estados Unidos, Suiza, Andorra, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y territorios dependientes de los países miembros (piénsese especialmente en Reino Unido, Gibraltar, Man, Jersey, Guernsey, etc.) por no aplicar un régimen similar al contenido en esa Directiva provocando así una fuga de capitales hacia estos países. Considera necesario que estos territorios apliquen medidas similares y simultáneas. Habrán de pasar años para que EEUU alumbre FATCA como respuesta, curiosamente para contrarrestar el fraude que las instituciones financieras suizas habían provocado en las bases fiscales norteamericanas.

Todo ello se regula en el extenso art. 10 de la Directiva, que en sus tres puntos establece un calendario específico para Bélgica, Luxemburgo y Austria, y limita al final del primer año fiscal completo en que se acuerde con EEUU, Liechtenstein, Mónaco, San Marino, Suiza y Andorra estos periodos transitorios.

Todos los países citados se han visto abocados a firmar CRS (aplicando el intercambio en diferentes fechas) y en algunos casos como Liechtenstein, San Marino y Suiza, son firmantes tanto de FATCA como CRS.

Al definir en su art.2 al beneficiario efectivo se establecen solo personas físicas que reciban pagos de intereses, o en cuyo beneficio se atribuya un pago de intereses excepto si se prueba que dicho pago no se ha realizado en beneficio suyo por ser agente pagador o por actuar por cuenta de persona jurídica .

Nos parece sorprendente el apartado 2 del artículo cuando afirma que si un agente pagador tiene datos que sugieren que la persona física pueda no ser beneficiario efectivo

³⁹⁴ “Considerando 24: Mientras los Estados Unidos de América, Suiza, Andorra, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y los territorios dependientes y asociados pertinentes de los Estados miembros no apliquen todas medidas equivalentes o idénticas a las previstas en la presente Directiva, la fuga de capitales hacia dichos países y territorios podría hacer peligrar el logro de sus objetivos. Por consiguiente, es necesario que la Directiva comience a aplicarse en el mismo momento en que todos estos países y territorios apliquen dichas medidas”.

deberá adoptar “medidas razonables” para identificar al beneficiario efectivo y en caso contrario considerará como tal a la persona física en cuestión.

¿Cuál era la medida coercitiva que la UE ponía a disposición de los Estados miembros?
¿Existía alguna retención como *stick* como si contempla FATCA?

Nos resulta poco precisa esta solicitud de “razonabilidad” que posteriormente aparece inserta en CRS. Adicionalmente la evolución de los sistemas informáticos permite esta actuación que compara la información obtenida y declarada por el cliente bancario frente a la lógica que la misma presente en virtud de los datos recabados por la institución financiera.

Atinadamente la Directiva 2014/48 completó este artículo y conectó las sinergias que pudiera contener con el entorno del blanqueo de capitales siguiendo lo regulado por la Directiva 2005/60/CE³⁹⁵.

El art. 3 contenía el mandato a los miembros de identificar la residencia de los beneficiarios efectivos, lo que incluía conocer la identidad del beneficiario efectivo (nombre y dirección aplicando legislación comunitaria existente sobre prevención de blanqueo de capitales) para contratos realizados antes de 1 de enero de 2004.

Para operaciones desde el 1 de enero de 2004 se requería además el número identificador fiscal de ese beneficiario efectivo. Ese número se obtendría de la dirección contenida en los pasaportes o de cualquier otra en documento probatorio presentado por el propio beneficiario como eran los certificados de residencia fiscal expedido por autoridad competente del país en que la persona física declare ser residente. Se entiende como tal aquella notificada por los Estados miembros a la Comisión y en el caso de terceros países aquella habilitada al efecto según convenios fiscales bilaterales o multilaterales.

La vieja aspiración teórica de tener una base datos que valide cómo se genera el número de identificación fiscal de cada país se materializa en la nueva redacción del art. 3.4 según la Directiva 2014/48.

³⁹⁵ Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

La definición de pago de intereses del art. 6 menciona aquellos relativos a créditos de cualquier clase, garantizados o no por hipoteca, rendimientos de valores públicos o de bonos y obligaciones incluidas las primas, los rendimientos de acciones y reembolso de las mismas entre las más significativas.

El art. 8 aborda el intercambio de información, y designa los datos del beneficiario efectivo que el agente pagador debe proporcionar a la autoridad competente del Estado miembro de su establecimiento. Tal información incluye identidad, residencia, número de cuenta del beneficiario (identificación del crédito o contrato de seguro de vida, valor o acción o participación tal como añadió la Directiva 2014/48), así como información sobre el pago de intereses con un límite mínimo al respecto. Al menos incluir el importe total de los intereses o los rendimientos y el importe total de la cesión, rescate o reembolso.

El art. 9 consagra el intercambio automático de información como vía de comunicación entre autoridades tributarias para transmitir información, al menos una vez al año en cada ejercicio fiscal. Lo dispuesto en esta Directiva prevalece sobre la regulación de intercambio dispuesta por la Directiva 77/799/CEE. La nueva redacción de la Directiva 2014/48 incluía matices sobre los conceptos de operador económico y lugar de administración efectiva.

El art. 11 trataba de las retenciones a cuenta que deben aplicarse por Austria, Luxemburgo y Bélgica: 15% el primer trienio, 20% el segundo y 35% posteriormente.

La reforma introducida en 2014 establecía únicamente retenciones fiscales que habrían de practicar Luxemburgo y Austria eliminando a Bélgica.

Completando el sistema de retención, el art.12.1 preceptúa que los Estados miembros que retengan a cuenta deberán retener el 25% de los ingresos de dicha retención y transferirán el 75% restante al Estado miembro de residencia del beneficiario efectivo de los intereses.

El art. 14 (levemente retocado por la Directiva 2014/48) aporta las reglas para la eliminación de la doble imposición señalando que el Estado de residencia del beneficiario efectivo ha de velar por evitar estas situaciones como consecuencia de la retención a cuenta que hemos tratado en el art. 11 y siguientes.

El mecanismo básico es la concesión de un crédito de impuesto igual al importe de dicha retención en los límites de la cuota tributaria adeudada en su territorio aunque en el caso de que la retención sea superior a la cuota adeudada, el Estado de residencia devolverá al beneficiario diferencia retenida.

Solo en el punto 4 del art. se prevé otro mecanismo para estos supuestos: el reembolso de la retención a cuenta prevista en el art. 11.

Concluye la Directiva con dos preceptos:

De una parte, el art. 16 hace compatibles estas retenciones de la Directiva con otra que los Estados puedan imponer en sus legislaciones nacionales o a través de Convenios de Doble Imposición, remitiéndonos por tanto al Derecho Internacional bilateral.

De otra, el art. 17 obliga a trasponer antes de 1 de enero de 2004 esta Directiva a las legislaciones nacionales de cada Estado miembro, siendo su aplicación efectiva a partir del 1 de enero de 2005.

Se incluye un mecanismo, bastante diáfano, de publicación por parte de la Comisión, una vez le informen los Estados, de una tabla donde se aprecie la adaptación de la Directiva y la norma interna adoptada al efecto.

El art. 18 que establece la revisión que puede proponer cada tres años la Comisión al Consejo, tras presentarle un informe sobre las modificaciones que considere oportunas para una imposición más satisfactoria de los rendimientos del ahorro eliminando cualquier distorsión de la competencia. Esta práctica es habitual en la relación entre Consejo y Comisión, no solo en el ámbito del intercambio de información.

En conexión con esto, destacamos el Informe de la Comisión al Consejo (COM 2012 65 final de 2 de marzo) sobre datos de 2010³⁹⁶. Lógicamente estos números alimentan una base notable de residentes que han de declarar sus rendimientos en concepto de intereses.

³⁹⁶ El balance inicial arroja un total de 11,4 billones de euros de pagos objeto de intercambio de información y 504,8 millones de euros pagados a los Estados miembros de residencia del beneficiario efectivo tras la aplicación de la Directiva.

Quizás por ello la Directiva 2014/48 introducía el art. 18 bis y ter. El primero trataba de facilitar a los operadores su labor de recopilar y trasladar datos a las Administraciones, estableciendo formatos electrónicos así como formularios comunes para los certificados de residencia fiscal de los beneficiarios efectivos. El ter consagra de manera explícita la cooperación internacional, al indicar que la Comisión estará asistida por el Comité de Cooperación Administrativa en el ámbito de la Fiscalidad, dejando patente que los organismos internacionales colaboran incluso de diferentes zonas geográficas.

Finaliza con la inclusión de un exhaustivo Anexo que enumera las categorías de entidades e instrumentos jurídicos que no están considerados sujetos a tributación efectiva según la nueva redacción art. 2.3. A priori la lista parece delatar cuales serían los vehículos propios para una evasión o fraude fiscal, pero resulta obvio que tanto las figuras como los territorios (en su inmensa mayoría paraísos fiscales o que lo han sido y/o jurisdicciones no colaborativas con la información tributaria entre Estados) están compilados y son analizados por las autoridades correspondientes. Por eso, a veces, nos resulta tan difícil creer que no es posible detectar el fraude en gran escala con esta y otras informaciones.

El Anexo II aborda una lista de categorías de entidades e instrumentos jurídicos considerados no sujetos a tributación efectiva según el art. 4.2. Aquí cada Estado ha incluido aquellas figuras que considera fuera del ámbito de la Directiva previo análisis y debate técnico.

No deja de sorprendernos la franqueza con que se exponen los territorios (en su inmensa mayoría reputados paraísos fiscales) y sus instrumentos jurídicos que quedan al margen de la regulación. Hay un denominador común en sesenta y ocho territorios: el *trust*, extranjero o de derecho nacional; y la pregunta es ¿es sabido y reconocido su papel como instrumento opaco propiciador de la evasión y elusión fiscal?, ¿Cuál es la razón para que no se regule mejor? ¿Por qué no se exige la revelación de las personas que gestionan a través de su patrimonio a través por ejemplo de un registro oficial y público con limitaciones de acceso? ¿No sería ésta prueba de una mayor transparencia y forma para cerrar una grieta en el sistema jurídico tributario que evitaría complejos sistemas de detección e intercambio? El mejor dato intercambiado es aquel que la propia legislación del país del residente exige al abrir cuenta en una relación bancaria, aseguradora o financiera.

Esa vía preventiva no ha de desdeñarse en absoluto. En el caso de España estas entidades son:

- a) Entidades sujetas al régimen de atribución de rentas (sociedad civil con o sin personalidad jurídica, herencias yacentes y comunidades de bienes);
- b) Otras entidades carentes de personalidad jurídica que constituyan una unidad económica o patrimonio separado (art. 35.4 LGT);
- c) El *trust* u otro instrumento jurídico similar de Derecho extranjero.

El Anexo IV está dedicado a los datos que los Estados deberán remitir anualmente a la Comisión con fines estadísticos (importes de pagos de intereses, número de beneficiarios efectivos y agentes pagadores así como porcentajes de registros tratados e accidentados.

Como hemos mencionado, el art. 1.1 de la Directiva 2015/2060 del Consejo deroga la Directiva 2003/48 con efecto 1 de enero de 2016 con algunas excepciones y matices expuestos en los apartados 2 y 3.

El apartado 2 determina que siguen siendo de aplicación las obligaciones de la Directiva 2003/48 contenidas en los artículos siguientes:

- a) Las obligaciones de los Estados y operadores económicos contenidas en el art. 4.2 se mantienen hasta el 5 de octubre de 2016 o hasta su cumplimiento; se refiere al art. a la definición del agente pagador; así tendrá tal consideración aquel que en el momento del pago o atribución del pago sea entidad establecida en un Estado miembro a la cual se paguen intereses o se atribuyan para disfrute del beneficiario efectivo;
- b) Los artículos 8 y 9 sobre el intercambio de información se entienden vigentes hasta el 5 de octubre de 2016 o hasta su cumplimiento. Conviene detenernos brevemente aquí para señalar la minuciosidad del legislador europeo, ahora quizás más preocupado que nunca por el intercambio de información tributaria dentro de la cooperación internacional. Sin embargo esta opción por el intercambio automático resulta cuando menos reiterativa, ya que la adopción del CRS como sistema de intercambio global por los países UE con ciertas particularidades es norma común y supera, y subsume lo expresado por estas

Directivas tan solo relacionadas con ciertos rendimientos del ahorro. En tal sentido conviene recordar que desde el Consejo Europeo de 2000 de 20 de junio³⁹⁷ se produce una preocupación muy anterior, como hemos señalado en el capítulo I, por el intercambio de información en general abarcando todas sus modalidades para que éste se lleve a cabo sobre la base más amplia posible entre otras razones porque la UE percibe la dimensión mundial de fenómeno de la evasión y el fraude fiscal. La percepción de esta lacra global es compartida por la OCDE, el G8 y el G20 que se aprestan, especialmente desde 2013, a diseñar políticas para un fenómeno decididamente transfronterizo que reduce las bases imponibles nacionales. Solo existen algunos casos residuales en que se aplica exclusivamente la Directiva 2003/48, motivados por las diferencias de enfoque entre esa Directiva y la 2014/107 así como a ciertas exenciones específicas. La duplicidad de normas sobre comunicación de información acarrearía costes superiores a sus ventajas y por ello se justifica esta derogación que no llega a ser completa.³⁹⁸

- c) Lo dispuesto en el art. 13.2 seguirá aplicándose hasta el 31 de diciembre de 2016. Este artículo recoge la posibilidad de que la autoridad competente expida certificados validos por un máximo de tres años y que contengan nombre, dirección e identificador fiscal, fecha y lugar de nacimiento del beneficiario y número;
- d) De cuenta o identificación del crédito y nombre y dirección del agente pagador;

³⁹⁷ http://www.europarl.europa.eu/summits/fei2_es.htm (último acceso 23-8-16).

³⁹⁸ La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 5-7-16 (COM (2016) 451final) resume el estado de las medidas comunitarias en la lucha contra el fraude, la evasión y la elusión tributaria con el fin de aumentar la transparencia. De este esclarecedor documento destacamos: 1. El fraude fiscal en todas sus vertientes incluyendo el blanqueo de capitales socava los presupuestos propiciando situaciones de desigualdad tributaria. 2. Por su carácter transfronterizo una lucha de carácter exclusivamente nacional sería inicial 3. La UE requiere medidas de transparencia sobre las cuentas de personas físicas. 4. Las nuevas reglas comunitarias sobre diligencia debida deben afectar a clientes nuevos y preexistentes sin olvidar el acceso a los beneficiarios efectivos de las personas jurídicas en cualquier vehículo en que se presenten. 5. Se reconoce el papel del intercambio automático de información entre autoridades como uno de los instrumentos más poderosos de la UE al respecto. 6. Posicionamiento acerca de los Papeles de Panamá: La UE señala la dificultad de aquellos que asesoran para defraudar al límite de la legalidad utilizando legal pero ilegítimamente el espíritu de las leyes. La opacidad debe ser desterrada en un entorno de Mercado Único y para ello además se proponen el reforzamiento de la figura del *whistleblower* o delator así como la lucha contra la planificación fiscal agresiva de las multinacionales. El documento finaliza apelando a la conciencia de la UE y su posición de liderazgo mundial como sistema político, económico y como forma de vida.

- e) Las retenciones previstas en el art. 14, en relación a la retención a cuenta practicada en 2016 y años anteriores, seguirán siendo de aplicación hasta su cumplimiento.

El apartado 3 extiende para Austria las obligaciones de la Directiva 2003/48 hasta el 31 de diciembre de 2016, si bien los artículos 12, el 13 y el 4.2 serán aplicables hasta el 30 de junio de 2017 o hasta su cumplimiento. Sin duda un régimen especial para Austria dentro de la UE y para su tradicional y algo díscolo (por poco colaborativo) sector bancario, donde ha primado siempre el secretismo y la falta de transparencia amparadas por la (ultra valorada) privacidad del ciudadano y el complejo estatus político de neutralidad tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial así como la instalación en el país de numerosos organismos internacionales.

Finalmente no se aplica la Directiva 2003/48 desde el 1 de octubre en Austria en relación a cuentas incluidas en el Anexo I y II de la Directiva 2011/16/UE (y su modificación operada por la Directiva 2014/107/UE) que consagra el intercambio automático de información tributaria en el ámbito comunitario.

En suma, dos apartados para Austria y su régimen especial y uno de carácter derogatorio muy matizado que salvaguarda (sin necesidad) el intercambio consagrando el automatismo como medio de transmisión de datos fiscales sobre ciudadanos, en el marco de una amplia cooperación del Derecho europeo e Internacional.

En líneas generales apreciamos que el legislador no ha realizado una integración suficiente de estas Directivas en el derecho interno, o al menos no de manera cómoda para el usuario avezado en los textos legales que, aun así, ha de manejar simultáneamente varios de ellos y en versiones consolidadas con numerosas actualizaciones, previa comprobación rigurosa de los mismos.

Por otra parte, una gran cantidad de textos europeos señala “la normativa sobre asistencia mutua” como referente lo que incluye entre otros los CDI, otros convenios de cooperación administrativa y por supuesto las Directivas comunitarias³⁹⁹.

³⁹⁹ MACHANCOSSES, E: “La transposición de la Directiva 2011/16/UE en la LGT, en particular el intercambio de información previa solicitud”, en Intercambio de Información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, (Director) García Prats, F.A. IEF, Madrid, 2014.

Aunque se ha luchado bastante contra los *pseudo* paraísos fiscales en la UE, aún podrían tomarse medidas para endurecer la lucha contra los mismos a través de la imposición de sanciones para los Estados Miembros que no cumplan los estándares. En realidad, habría que matizar a incumplimientos de calidad y rigor en la aplicación de la normativa, pues hoy todos los Estados Miembros se han comprometido a su aplicación o la creación de una autoridad europea que mantenga un registro y coordine el intercambio de información⁴⁰⁰.

Por su parte la Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, deroga la Directiva 77/799/CEE⁴⁰¹ considerada, como se ha indicado, hasta ese momento el antecedente jurídico más remoto en esta materia en el ámbito de la UE.

El texto comunitario de 2011 comienza reconociendo la imposibilidad de un Estado Miembro de actuar en solitario en nuestra era para gestionar su sistema tributario nacional. Aquí radica la génesis de esta cooperación internacional entre Estados y, concretamente, sus Administraciones tributarias.

El enfoque pretendido por la Directiva es totalmente innovador (en esa fecha) y señala la inadecuación de la Directiva 77/799/CEE en materia de fraude y lucha contra prácticas irregulares empresariales, según recogía la Comisión en su Comunicación de 27 de septiembre de 2004 y 2006. Nótese que ambas de fechas son previas a la gran crisis financiera mundial desatada en 2007.

La Directiva de 2011 pretende cubrir a todas las personas físicas y jurídicas de la Unión, teniendo en cuenta la gama cada vez mayor de modalidades legales incluidas las que afectan a fondos fiduciarios, fundaciones y sociedades de inversiones y cualquier otra creada por contribuyentes en los Estados miembros. Comienza por fin el lenguaje

⁴⁰⁰ LÓPEZ GARRIDO, D. : (Grupo Parlamentario Socialista), Diario de Sesiones de las Cortes Generales, Comisiones Mixtas, núm. 62, pág. 7, Madrid, 16-5-13.

⁴⁰¹ Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos.

A lo largo de sus Considerandos, ésta Directiva de 1977 prevista para el intercambio de información en la gestión de los impuestos directos (más adelante de los indirectos como el IVA por mandato de la Directiva reformadora de esta, la 79/1070/CEE del Consejo de 6 de diciembre de 1979), cita el fraude y la evasión fiscal transfronterizos como causa de pérdidas económicas y distorsiones de la competencia, que precisa de un enfoque y solución comunes entre todos los Estados miembros.

comunitario a afinar los términos “contribuyente”, (al superar la nacionalidad) y abarcar todo el espacio comunitario donde se lleve a cabo y no solo la zona euro. Lentamente iremos contemplando como se asimila el concepto de residencia fiscal que nos conduce inexorablemente hacia un unificador europeo comunitario.

En sus primeros Considerandos, el texto manifiesta la necesidad de un contacto más directo entre los servicios nacionales encargados de la cooperación administrativa.

Se reconoce, así mismo, el intercambio automático e incondicional de información como medio de mayor eficacia en la lucha contra el fraude. Las modalidades de intercambio previa solicitud y espontáneo aparecen igualmente contempladas.

Queda regulado el deber de los bancos de colaborar con los Estados en este campo.

Aunque abordaremos la cuestión en el capítulo III de este trabajo, debe reseñarse como la Directiva advierte del respeto inherente a la protección de las personas físicas en lo relativo al tratamiento de su datos personales y libre circulación de esos datos (Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo de 24 de octubre de 1995 y el Reglamento CE número 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000).

El artículo 1.2 de la Directiva nos adelanta una modalidad de intercambio de información “por medios electrónicos” hasta ese momento inusual, y establece diferencias por las que “no afectará” a la asistencia judicial en materia penal ni actuará en detrimento de otras normas de cooperación más amplia, incluyendo acuerdos bilaterales o multilaterales, es decir, la norma comunitaria se configura como un marco mínimo de referencia que puede ser ampliado y mejorado por otras normas; asistimos por lo tanto, a la creación de un suelo de actuación.

El art.2.1 regula el ámbito de actuación de la Directiva pivotando sobre dos ideas:

- 1) afectar “a todos los tipos de impuestos percibidos por un Estado miembro” excepto el IVA (art. 2.2) y,
- 2) las cotizaciones obligatorias a la seguridad social que provengan de cualquier división territorial incluida las locales.

Muy ambiciosa y compleja resulta esta propuesta, pues, entre otras razones, sabemos que los factores políticos y técnicos (lenguajes informáticos diferentes) posibilitan la incomunicación entre estas entidades y niveles gubernamentales.

El art.3 se encarga de las definiciones propias de la Directiva, con atención especial a la “autoridad” y “funcionario competente” que cada Estado ha de designar. En su punto 9 define al intercambio automático como “la comunicación sistemática a otro Estado miembro de información preestablecida sin solicitud previa, a intervalos regulares fijados con anterioridad”.

Los otros tipos definidos son el intercambio previa petición o solicitud de un Estado a otro en un caso específico (apartado 8) y el espontáneo (apartado 10) referente a comunicación sistemática de información a otro Estado miembro en cualquier momento y sin solicitud previa.

Pero sin duda los apartados de mayor interés vienen configurados por la amplia caracterización de las personas jurídicas (apartado 11 b), pretendiendo abarcar al mismo tiempo toda estructura jurídica (ap. 11d) de cualquier forma y naturaleza, tenga o no personalidad jurídica que posea o administre activos y las rentas que deriven de ellos (las célebres Entidades Pasivas de CRS y FATCA) y que estén sujetos a cualquier impuesto cubierto por esta Directiva. Las asociaciones de personas con capacidad legal de realizar actos jurídicos (aún sin condición legal de persona jurídica) están bajo el ámbito de la Directa (ap. 11c).

Amplísima y hasta cierto punto novedosa definición que engloba toda estructura (continental o anglosajona) jurídica y societaria y que trata de aglutinar un concepto de persona jurídica del ámbito comunitario. La UE es consciente de la necesidad de una correcta definición para que sea eficaz y al tiempo de la extensa variedad que el ecosistema jurídico comunitario presenta. Con sus definiciones y concreciones legales ha quedado superada, al fin, la tímida y deficiente Directiva del Ahorro de 2003.

El ap. 13 recuerda la utilización de la Red CCN como cauce específico de la UE para la transmisión electrónica de datos fiscales y aduaneros.

Los artículos 5, 6 y 7 abordan la regulación del intercambio previa solicitud. Se trata de una modalidad en la cual una Autoridad comunica a otra solicitante toda la información que obra en su poder o se obtenga, fruto de investigaciones *ad hoc*. El plazo de

comunicación de información requerida es de 6 meses (máximo) desde la recepción de la solicitud salvo que ya se disponga de la misma en cuyo caso se reducirá a dos meses (art.7.1 y 7.2).

Además de existir obligación de acusar recibo de la solicitud, el Estado Miembro requirente puede notificar deficiencias o información adicional para cumplir con la solicitud en el plazo de un mes. La norma persigue, de esta manera, una comunicación e implicación de ambos Estados en el flujo de información, haciendo que ambas partes se involucren y dialoguen en el mismo.

Queda prohibido el silencio administrativo pues aquel Estado que no facilite información deberá comunicarlo expresamente indicando los motivos por los que no facilita los datos requeridos (art.7.6).

La obligatoriedad del intercambio automático de información se prescribe en el art.8, señalando que desde el 1 de enero de 2014 y para personas con domicilio en otro Estado miembro habrá que intercambiar sus datos de renta y patrimonio para las siguientes categorías:

- a) Rendimientos de trabajo dependiente;
- b) Honorarios de director (directivo de empresa);
- c) Productos de seguro de vida no cubiertos por otros instrumentos jurídicos de la Unión sobre intercambio de información (tratando de cerrar grietas);
- d) Pensiones;
- e) Propiedad de inmuebles y rendimientos inmobiliarios (estas propiedades han desaparecido en CRS si bien son objeto de control por las Administraciones nacionales como en el caso español del modelo 720).

Los Estados Miembros quedaban obligados a aportar información a la Comisión sobre las citadas categorías pero en caso de no hacerlo se considerará que no desea recibir la información citada (art. 8.3). Antes del 1 de enero de 2016 debía intercambiarse estadística sobre los intercambios automático producidos, con señalamiento de gastos y ventajas para las administraciones tributarias y terceros (presumiblemente los operadores financieros).

Resulta un ejercicio curioso, propio de la Historia del Derecho, analizar el art. 8.5 a) que señalaba el 1 de enero de 2017 como momento en el que intercambiar al menos tres de las cinco categorías antes enumeradas. Visto con la perspectiva actual es innegable el avance sobre esa propuesta, que se nos antojaba escasa en su formulación. Sin duda, las circunstancias políticas y económicas han propiciado un impulso más decidido al respecto con la formulación de la nueva Directiva de 2014/107.

Los plazos para un intercambio mínimo anual se cifraban en seis meses desde del final del ejercicio presupuestario objeto de análisis.

La manifestación más patente del espíritu de cooperación internacional en Derecho la encontramos en el art. 8.8 al aseverar que los acuerdos bilaterales o multilaterales que se puedan realizar por los miembros serán comunicados a la Comisión y puestos a disposición de los restantes miembros. El fomento de la cooperación es evidente.

Del intercambio espontáneo se ocupa el art. 9 que ubica al mismo como un intercambio razonable, es decir, exigible a los Estados siempre que perciban que los contribuyentes de otros Estados obtienen reducciones o exenciones anormales de impuestos o de carácter fraudulento con especial señalamiento a operaciones intra-grupo de empresas. Se trata, por tanto, de facilitar, motu proprio, cualquier información de la que se tenga conocimiento y pueda resultar de utilidad a las autoridades competentes de los demás Estados miembros.

Pensamos que es una actuación adecuada y constructiva complementaria con las otras tipologías de intercambio; el intercambio será completo si pretende ser eficaz no despreciando ninguna modalidad y compartiendo la información que se tenga y permita evaluar conductas y practicas no para recaudar más sino para recaudar mejor y de forma más justa. Esas buenas prácticas y experiencias quedan detalladas en el art. 15 con el fin de permitir una evolución en la lucha contra el fraude.

Otra muestra de un mecanismo previsto en la Directiva sobre cooperación internacional es el art. 12 que permite los controles simultáneos a dos o más personas realizados por dos o más Estados miembros durante un periodo específico señalando un representante a tal efecto para coordinar y supervisar el proceso.

El capítulo IV de la Directiva (arts. 16 al 22) versa sobre condiciones de la cooperación administrativa. Quizás podríamos afirmar que el párrafo 1 del art. 16 sea el de mayor

trascendencia, al preceptuar que toda información transmitida en relación con esta Directiva se halla amparada por el secreto oficial y, gozará de la correspondiente protección propia de su legislación nacional. Este marco y las garantías que ofrece han de ser extendidos a impuestos y derechos contemplados en otras Directivas como la 2010/24/UE del Consejo sobre asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas o evaluar contribuciones obligatorias en el ámbito de la seguridad social.

En régimen de reciprocidad (uso para fines semejantes) la información puede emplearse para otros fines además de los ya explicados.

Hemos de poner de manifiesto, en este punto de la cooperación, la palmaria diferencia con la Prevención del Blanqueo de Capitales, que sólo permite un intercambio restringido, y nunca el empleo de la información para fines distintos de los relacionados con la propia prevención. Por lo tanto, consideramos que el régimen europeo de intercambio de información tributaria va más allá de lo prescrito sobre la normativa comunitaria de Blanqueo de Capitales⁴⁰².

La información intercambiada puede ser remitida a un tercer Estado Miembro en la misma, informando al país de origen y cumpliendo los requisitos vistos de carácter originario, es decir, el art. 19 permite invocar la cláusula de nación más favorecida.

Las causas regladas que justifican la denegación de la comunicación de información son la divulgación de un secreto industrial, comercial o profesional o que estemos ante una divulgación contraria al interés público. Cualquiera de estas causas deberá ser comunicada al Estado requirente (art.17 y art. 24).

⁴⁰² Reafirmando esta teoría léase la COM (2016) 452 FINAL de 5-7-16 (Propuesta de modificación de la Directiva 2011/16 en lo que se refiere al acceso de información por parte de las autoridades tributarias contra el blanqueo de capitales) y en concreto la modificación propuesta del art. 22 de la Directiva 2011/16 con un nuevo apartado 1 bis que permite el acceso a las autoridades fiscales a la información y documentación sobre la propiedad efectiva y la diligencia debida de un cliente en relación a la Cuarta Directiva sobre Blanqueo de capitales. Además se añade un apartado al art. 22 sobre obligaciones específicas de los Estados miembros en vez del art. 8.3 bis, por el que se pone en práctica el intercambio automático. La razón de esto, según la citada Comunicación, habría que buscarla en el hecho de que ese intercambio automático implicará intercambios espontáneos sobre la calidad de la información automática incluso pudiendo dar lugar a investigar con mayor atención cuentas y activos que no hayan sido objeto de intercambio automático.

Algún sector de la doctrina (CALDERÓN CARRERO)⁴⁰³ ha querido ver en el art.18 el fin del secreto bancario en la UE, si bien el tiempo se ha encargado de demostrar que esto no era del todo cierto, (sino algo prematuro), ya que han sido necesarias posteriores regulaciones más afinadas para continuar perforando ese secreto en que se refugiaban ciertas jurisdicciones e instituciones financieras del ámbito comunitario. Es posible afirmar que nos encontramos ante un innegable punto de partida para comenzar a derruir el muro de sombras sobre el que se han asentado parte de las finanzas bancarias de algunos territorios, circunscrito todo ello a periodos a partir del 1 de enero de 2011, ya que antes la Directiva no obligaba a los Estados miembros.

El art.18.2 refleja una clara influencia del art. 26.5 del Convenio Modelo de la OCDE a cuya luz debe ser interpretado. Fue precisamente ese párrafo 5, introducido en 2005, el que impedía a un Estado negarse a facilitar información de carácter tributario alegando que se encuentre en poder de un banco u otra IF o incluso una persona que actúe en calidad de intermediario o agente de otra.

De nuevo nos hallamos aquí en presencia de otro ejemplo de la acción e influencia de las organizaciones internacionales cuando toman en serio la lucha contra el fraude fiscal internacional y se actúa coordinadamente.

Los informes, insertos en formularios normalizados, incluirán al menos la información sobre la identidad de la persona sometida a investigación y el objetivo fiscal para el que se pide la información (art.20.2). Respecto al intercambio automático este se realizará en formato electrónico siguiendo el modelo del art.9 de la Directiva 2003/48/ CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

Para los Estados Miembros se establece la red CCN como cauce electrónico para comunicar los datos presumiendo la instauración de medidas oportunas para garantizar el buen funcionamiento de esta Directiva.

El dinamismo del intercambio y la materia sobre la que actúa (fraude y evasión fiscal) explican en gran medida la capacidad de los Estados Miembros (prevista en el art. 23)

⁴⁰³ CALDERÓN CARRERO, JM: “Hacia una nueva era de cooperación fiscal europea: las Directivas 2010/24/UE y 2011/16/UE de asistencia en la recaudación y de cooperación administrativa en materia fiscal”, Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 343, 2011.

para evaluar y reponer mejoras en el funcionamiento de los mecanismos implantaos por esta Directiva. Se trata de alejar el estatismo y obligar a los Estados Miembros a una constante revisión en aras de la eficiencia de este notable instrumento comunitario. Esa evaluación anual se centra directamente en la modalidad de intercambio automático como síntoma de la predilección que sienten y presienten las autoridades comunitarias por este mecanismo jurídico.

El art. 25 recoge la protección de datos contenida en la Directiva 95/46/CE⁴⁰⁴ que estudiaremos en el capítulo III de esta tesis. Sin embargo podemos adelantar que la UE considera que las Administraciones Tributarias “están cubiertas por los requisitos de confidencialidad y está sujeta a las salvaguardas necesarias” y así lo indica la citada COM 2016 452, señalando expresamente la cooperación administrativa entre autoridades fiscales y los datos recogidos por las instituciones financieras obligadas. La Comisión considera que, aunque las medidas propuestas puedan interferir entre otros en la privacidad y los datos personales, son necesarias y proporcionadas para garantizar el buen funcionamiento de los sistemas fiscales y la supervisión de las obligaciones de todos los actores. Nos parece en este punto acertada la posición de la Comisión no solo en aras de una mayor eficacia en la lucha contra el fraude sino considerando que tal protección no puede legitimar un escudo para actuar precisamente *contra legem*.

Los artículos 26 a 31 tienen un marcado carácter procedimental (elaboración de informes cada cinco años, Derogación expresa de la Directiva 77/799/CEE (art.28), obligación estatal de transposición y entrada en vigor).

La totalidad de lo estudiado en este texto hemos de conectarlo con la actualización que sobre la misma impone la Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014⁴⁰⁵ así como la Directiva 2016/881 del Consejo de 25 de mayo⁴⁰⁶ cuando trata sobre los grupos multinacionales, planificación fiscal agresiva y la necesidad de los

⁴⁰⁴ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁴⁰⁵ Directiva 2014/107 /UE del Consejo que modifica la Directiva 2011/16 /UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32014L0107>, (último acceso 18-8-16).

Estados de conocer de manera exhaustiva esos grupos y su política en materia de precios de transferencia y sus operaciones internas dentro y fuera de la Unión.

La estructura de la Directiva de 2014/107/UE se articula en 20 Considerandos, 4 artículos y dos Anexos.

Comienza recordando la importancia del fraude y la evasión fiscal como fenómenos mundiales transfronterizos. Estos fenómenos reducen los ingresos fiscales nacionales y por lo tanto urge mejorar la recaudación de impuestos. A tal fin indica que el intercambio automático es una herramienta importante dentro de los planes de acción de la UE. La promoción de un estándar, no solo europeo sino internacional, en el intercambio y la transparencia es el objetivo de estos textos comunitarios.

La razón para una nueva Directiva se encuentra en que los instrumentos de cooperación internacional (como los Convenios de Doble Imposición o el intercambio en modalidades no automáticas) en materia fiscal han perdido eficacia en la lucha contra el fraude, dado las oportunidades cada vez más numerosas de invertir en el extranjero, así como la amplia gama de productos donde hacerlo.

Se reconoce el papel de catalizador que FATCA ha jugado en la cooperación internacional y como ciertos Estados miembros (el G5 inicialmente), se han comprometido a avanzar en esa vía (Considerando 7).

Otros objetivos residen en minimizar costes y cargas administrativas para las administraciones tributarias y operadores económicos incluyendo en el art. 8 de la Directiva 2011/16/UE la información del Modelo de Acuerdo para la comunicación de información de la OCDE. Reconoce así la UE la necesidad de ampliar su marco legislativo en materia de lucha contra el fraude tributario.

Así la Directiva aspira a la existencia en cada Estado de una lista única de instituciones financieras no obligadas a comunicar información así como otra de cuentas excluidas.

Al aplicar la presente Directiva, los países miembros podrán remitirse a los Comentarios al Modelo de Acuerdo para el Organismo Competente y el Estándar Común de Comunicación de la OCDE. Esta remisión, en contra de lo que a priori pudiera

⁴⁰⁶ Directiva 2016/881 del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0881>, (último acceso 18-8-16).

entenderse como una cierta relajación en la producción normativa comunitaria, debiéramos entenderla como una inteligente medida que permite actualizar constantemente el acervo comunitario sin perder de vista los avances que en nuestra materia se puedan realizar tanto en el organismo internacional como en el G8 y G20 (Considerando 13).

La utilización de umbrales de saldo para su revisión y comunicación en las cuentas queda suprimida al no considerarse manejable en la práctica. Hemos de puntualizar, desde la actuación diaria de las IF, que ciertamente son complejos si bien suponen una evidente facilidad al permitir descartar (siempre que ya estén correctamente implantados los sistemas informáticos que los delimitan) ingentes cantidades de cuentas que se hallan por debajo de los mismos.

Se destaca nuevamente el respeto a los derechos de los contribuyentes con la remisión a los citados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁴⁰⁷, entre ellos la protección de datos de carácter personal (art. 8), el derecho al acceso al expediente del propio ciudadano (art. 41) o la libertad de circulación y residencia consagrada en el art. 45.

La penúltima consideración recuerda que el intercambio automático entra en vigor para Austria, como muy tarde, en septiembre de 2018.

El art. 1.1 amplía y matiza la definición que se hacía en el art. 3.9 de la Directiva de 2011 sobre el intercambio automático con menciones a los residentes de los Estados miembros e incluyendo la información que los Estados dispongan en sus expedientes fiscales remitiendo al Anexo I para compleción.

Parece lógica esta inclusión de la residencia fiscal en la Directiva lo que confirma que los textos de la UE siguen la senda del CRS propuesto por la OCDE.

La enumeración de datos que han de ser intercambiados se encuentra en el art. 1.2.b). Se trata de información sobre periodos impositivos desde el 1 de enero de 2016 lo que obliga a las IF a disponer en sus bases de datos de campos y archivos para recopilar los mismos.

⁴⁰⁷ DOUE C 364/1 de 18-12-00 disponible en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, (último acceso 25-8-16).

Con respecto a la información que FATCA y CRS exigen no hay novedades, pero si percibimos la síntesis de ambos modelos: nombre, domicilio, NIF y lugar y fecha de nacimiento de la persona física titular de cuenta sujeta y de la que sea persona de control de una persona jurídica o “entidad”, el número de cuenta y nombre y NIF de la IF obligada y el saldo de las cuentas así como intereses brutos de cuentas de custodia y depósito.

En cambio, nos parece significativa la remisión, a efectos de intercambio, a la legislación nacional del Estado Miembro que comunique información respecto a los pagos de una cuenta sujeta. Aunque tal remisión resulte lógica, no deja de parecernos un posible foco de problemas y reclamaciones judiciales por parte de los clientes bancarios a la hora de aplicar esta normativa. Sería deseable una mayor concreción jurídica si bien, en el estadio actual, quizás sea conveniente lanzar el proyecto para perfilarlo con posterioridad, algo en lo que FATCA y CRS han acertado. En todo caso los tribunales, y específicamente el TJUE, deben prepararse y formarse para dilucidar cuestiones al respecto en un plazo medio de tiempo.

El art. 8.7 bis atribuye a los Estados la responsabilidad de que las instituciones financieras no obligadas y las cuentas excluidas cumplan los requisitos legales para serlo.

Nos resulta enormemente significativa la aparición de los nuevos apartados 2, 3 y 4 del art. 25 denotando una preocupación de las instituciones europeas por la protección de datos como materia limítrofe con el intercambio de los mismos: intercambio y salvaguarda deben conjugarse sobre la base de la Directiva 95/46/CE que actúa como marco regulador.

De esta suerte el art. 25.2 hace recaer indubitadamente la responsabilidad del tratamiento de los datos sobre las instituciones financieras obligadas a comunicar información así como las autoridades competentes de cada Estado.

El apartado 3 contiene una mayor complejidad dado que exige, y esto es algo nuevo, que el cliente de una IF cuyos datos van a ser intercambiados debe ser informado previa y fehacientemente de tal circunstancia al objeto de poder instar la protección de sus datos personales. En el aspecto meramente técnico (notificar y recabar firma del cliente) sin duda supondrá un esfuerzo para las IF obligadas que además deberán contar con un

back office altamente especializado con tal fin capaz de dar respuesta ágil a las cuestiones que los clientes realicen.

El apartado 4 remite a la normativa nacional para fijar un periodo de custodia de la documentación intercambiada, es decir cada Estado aplicará en este sentido lo que su normativa sobre protección de datos estipule.

El art. 2 de esta Directiva aborda aspectos temporales: plazos y fechas de entrada en vigor y menciones sobre este instrumento legal que los Estados han de realizar en la adaptación de sus legislaciones al texto. Desde el 1 de enero de 2016 las disposiciones son aplicadas.

Los artículos 3 y 4 tan solo determinan la fecha de entrada en vigor del texto (20 días después de su publicación en el DOUE) y ratifican que los destinatarios del texto son los países miembros.

El extensísimo Anexo I es el cuerpo central de esta Directiva. Recoge con profundo detalle los requisitos de la normativa, la diligencia debida para las diversas tipologías de cuentas, e incluye una sección de definiciones de términos.

Su estructura recuerda a la legislación FATCA tanto en su vertiente norteamericana (*US Regulations*) como española (IGA) al adoptar soluciones similares.

Este Anexo no contiene novedades significativas que no hayamos estudiado al analizar el universo CRS y especialmente el Manual de la OCDE, no obstante, nos parecen reseñables los siguientes aspectos:

- a) La norma permite que las IF utilicen proveedores para cumplir sus obligaciones de comunicación de información sin que ello sea óbice para que las instituciones financieras mantengan las responsabilidad legal de tal deber;
- b) La Sección III desglosa la diligencia para cuentas preexistentes de menor valor de persona física otorgando al domicilio que la IF tenga del cliente la presunción de ser (basado en pruebas documentales) el lugar de residencia del mismo. Resulta obvia la facilidad que esto conlleva para las IF al determinar sobre este tipo de clientes. Conviene recordar lo expuesto en el capítulo I a raíz de la confusión terminológica que el *domicile* anglosajón

pueda acarrear al ser muy distinto domicilio (fiscal) de residencia (lugar donde se habita);

Si este proceso se materializa por medios electrónicos se atenderán criterios como la dirección postal o domicilio actual en un Estado miembro, teléfonos en Estado miembro, ordenes de transferencias permanentes, poderes notariales a favor de persona domiciliada en Estado miembro o instrucciones de retención de correspondencia en un Estado miembro.

El apartado E expresa un recordatorio: toda cuenta que haya estado sujeta a comunicación de información deberá tratarse como tal en los años posteriores salvo que su titular deje de ser persona sujeta a esta norma.

En resumen, el sistema de Indicios que implantó FATCA se mantiene.

- c) La Sección IV sobre cuentas nuevas de persona física introduce la idea de una declaración del cliente que determine su residencia a efectos fiscales y que puede ir inserta en la documentación de apertura de cuenta;

Efectivamente este es el camino seguro por el que cual transita la mayoría de las instituciones bancarias españolas buscando para el cliente preexistente un contacto en un segundo momento (tras la contratación) en aquellos casos en que sea preciso requerirle documentación para determinar su estatus.

- d) No deja de sorprender que un texto de la UE mencione cantidades en dólares estadounidenses aunque sepamos que lo haga por asimilación de normas OCDE. El umbral fijado para las cuentas preexistentes de entidad (persona jurídica) es de 250.000 dólares a 31 de diciembre de 2015; no obstante, el punto C.4 de la Sección VII reitera que todos los importes denominados en moneda nacional incluyen los importes equivalentes en otras monedas según determine la legislación nacional de cada Estado.
- e) El camino trazado para conocer si una entidad nueva está sujeta a comunicación de información es obtener una declaración del titular en el proceso de apertura de cuenta añadiendo que si la entidad certifica que no tiene residencia a efectos fiscales, la IF obligada podrá basarse en la dirección de la oficina principal de la entidad para determinar su residencia.

Como podemos apreciar la consonancia entre la Sección VI y IV es total participando ambas del potente rol de la declaración del titular en el momento de apertura de la cuenta/producto.

Tratándose de ENF Pasiva, si quien ejerce el control en la misma está sujeto a comunicación, la cuenta deberá tratarse como sujeta a comunicación. Ese efecto “contaminante” del socio o persona que ejerce el control, sin ser novedoso, resulta simplificador para las IF que aplican la ley y determinan la persona cuyos datos son trasladados a la Autoridad Tributaria competente; hemos defendido que un profundo conocimiento de las personas físicas que operan en cada IF y de sus circunstancias podría resolver la práctica totalidad de retos que supone el intercambio automático de información tributaria sin descartar que este cauce sirva en un futuro para comunicar información de otro tipo no tributario.

- f) La Sección VIII se dedica por completo a definir conceptos propios de esta normativa. Diferencia con exactitud, útil para el sector asegurador, los fondos de pensiones de amplia participación, los fondos de pensiones de participación restringida y los fondos de pensiones de una entidad estatal, de organización internacional o de un banco central.

A nuestro juicio la mejor definición que hemos leído (completa y que deja menores resquicios de duda) sobre un emisor de tarjetas de crédito se encuentra en el punto B8 de la mencionada Sección. Da la sensación que los legisladores nacionales hubieran aprehendido la esencia de esta figura propia de las instituciones financieras anglosajonas, y específicamente norteamericanas, al integrar e introducir este acertado párrafo;

- g) Al mismo tiempo el concepto de instrumento de inversión colectiva exento nos parece una adecuada síntesis de las diferentes definiciones al uso en textos previos; de tal suerte, una entidad de inversión regulada como instrumento de inversión colectiva , si la completa titularidad de sus participación corresponde a personas físicas o entidades que no estén sujetas a comunicación de información con la excepción de las ENFP en las que las personas que ejercen el control son personas sujetas a comunicación;

- h) El punto 17 detalla las cuentas excluidas; si bien estas definiciones son habituales en la totalidad de los textos que estamos comentando, su forma de enumeración resulta más ilustrativa en esta ocasión. Las cuentas de jubilación o pensión, ciertos contratos de seguro de vida que finalizan antes de los noventa años del asegurado, así como ciertas cuentas e características muy específicas (sentencias o mandatos judiciales, caudal relicto, cuentas con fiscalidad favorable, ente otras).
- i) Una especialidad de esta Directiva la encontramos en la definición de “persona de un Estado miembro”⁴⁰⁸.

Se refiere a personas físicas o jurídicas que residen en un Estado miembro, incluyendo el caudal relicto de un causante residente (que no nacional) en Estado miembro. Nuevamente insiste al incluir en el concepto de entidad a las sociedades de personas, las de responsabilidad limitada o “instrumento jurídico similar”; la amplitud y el deseo de abarcar formas societarias nos parece explícito junto a la solución propuesta: toda persona jurídica sin residencia fiscal debe ser tratada como residente en el territorio donde se sitúe su administración efectiva; quizás en España este criterio sorprenda menos dada nuestra legislación (art. 8 LIS) sin embargo es un denominador común para resolver dudas en el Derecho comparado europeo;

- j) Al tratar a las ENF Pasivas se sostiene que lo será toda aquella que no sea Activa así como una entidad de inversión cuya renta bruta sea atribuible a la inversión, reinversión o negociación en activos financieros si la entidad es gestionada por otra entidad que sea a su vez institución de depósito, custodia, compañía de seguros o entidad de inversión con carácter principal. Finalmente se nos remite a las normas emanadas del GAFI para la interpretación de la definición de institución financiera. En resumen, las normas comunitarias profundizan pero acaban convergiendo con las de la OCDE y el G20, entre otras razones, buscando el mayor consenso posible;

⁴⁰⁸ Por “persona de un Estado miembro” con respecto a cada Estado miembro se entiende una persona física o entidad que reside en cualquier otro Estado miembro conforme a la legislación tributaria de este último, o el caudal relicto de un causante residente en cualquier otro Estado miembro. En este sentido, una entidad, ya sea una sociedad de personas, una sociedad de personas de responsabilidad limitada o un instrumento jurídico similar, que carezca de residencia a efectos fiscales será tratada como residente en el territorio en el que esté situado su lugar de administración efectiva.

- k) A lo largo de disposiciones diversas el Anexo se detiene para indicar que los caracteres dentro de una cuenta financiera tales como custodio, agente designado, signatario o asesor de inversiones no reúnen la cualidad de titular de cuenta; por lo tanto el titular específicamente designado como tal es objeto de investigación y comunicación quedando al margen situaciones como el autorizado en cuenta.

Sobre el Anexo II destacamos estos aspectos:

- 1) Remarca la definición de cambio de circunstancias sobre una persona y la obligatoriedad de dicho cambio en sus bases de datos por parte de las IF donde la persona mantenga relaciones comerciales.

El cambio conlleva la inclusión de información nueva que no concuerda con la habida hasta ahora en la IF sobre esa persona física o jurídica.

En el punto 1 encontramos el plazo de noventa días (naturales), similar al de legislación española al reformar la LGT operada por la Ley 34/2015 para los titulares, concedido a las IF para que recaben nueva información ante el descubrimiento de nuevas circunstancias. Defendemos que en el caso de la LGT se trata de días hábiles y así lo ha aplicado recientemente la mayor parte de la banca española tras haberlo consensuado en diversos foros que se reúnen periódicamente en Madrid a tal efecto;

- 2) Muy trascendente nos parece el valor concedido por el punto 2 de este Anexo a la Declaración para cuentas nuevas de entidad al afirmar que “solo podrá basarse para determinar si una persona que ejerce el control de una ENF Pasiva es persona sujeta a comunicación en una declaración del titular de la cuenta o persona que ejerce el control”; dos conclusiones inmediatas: valor extra de la declaración del titular de control respecto a entidades con cuentas nuevas y fortalecimiento del análisis practicado por las IF sobre las personas físicas: quien focalice su diligencia debida en las personas físicas tendrá avanzado gran parte del trayecto en la correcta implantación de CRS en su versión UE, es decir, en la que ha de aplicarse en nuestro país; a sensu contrario, decae el interés en sistemas y algoritmos informáticos que traten de catalogar a las ENFP mediante sus balances o cuentas públicas. Quizás

mantengan un aprovechamiento de cara a estratificar el resto de personas jurídicas que puedan componer la cartera de clientes de una institución financiera;

- 3) El punto 5 trata los fideicomisos que son ENF Pasivas. En realidad aquí se matiza cual es el régimen aplicable a esta figura tratada como “sociedad de personas” y cuya residencia se considerará que radica en territorio donde esté situado su lugar de administración efectiva; pensamos que esta fórmula viene a cerrar los numerosos interrogantes sobre el tratamiento que en FATCA (y antes de FATCA) se producían al respecto; habrá que seguir la evolución jurisprudencial de este tema así como los movimientos que los inversores realicen para conocer la efectividad de esta medida en un terreno donde la opacidad es máxima.

La Directiva 2015/2376 del Consejo de 8 de diciembre de 2015⁴⁰⁹ modifica la Directiva 2011/16 en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. Su objetivo central es conseguir una mayor transparencia mejorando los mecanismos de sus predecesoras.

Una de las razones para modificar la Directiva de 2011 es incluir una definición adecuada de los acuerdos previos con efecto transfronterizo y los acuerdos previos sobre precios de transferencia que serán objeto de numerosa literatura jurídica en años subsiguientes, tal y como veremos posteriormente.

Se modifica el art. 3 con una mención detallada al intercambio automático y se inserta un nuevo art. 8 bis que recoge las reglas detalladas sobre el alcance del intercambio automático y obligatorio en los acuerdos previos transfronterizos y acuerdos previos sobre precios de transferencia.

El nuevo art. 8 ter habilita un apartado estadístico para que la Comisión elabore con datos de los Estados un detalle de los volúmenes de los intercambios automáticos del ejercicio en cuestión incluyendo costes y beneficios administrativos de los mismos.

⁴⁰⁹ Directiva (UE) 2015/2376 del Consejo de 8 de diciembre de 2015 que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2376&from=ES>, (último acceso 21-6-18).

Igualmente se inserta un nuevo art. 23 bis que consagra la confidencialidad de la información comunicada a la Comisión y se remite a la regulación sobre protección de datos existente en ese momento: el Reglamento 45/2001. Como veremos en capítulos posteriores, este fue derogado y sustituido por el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679.

Como mencionábamos al comienzo de este epígrafe sobre legislación comunitaria, otro texto que modifica a la Directiva 2011/16/UE es la Directiva 2016/881 de 25 de mayo de 2016; se trata de una norma que viene a completar a su antecesora en materia de grupos multinacionales. La UE, percibiendo el importante papel de las multinacionales en relación al fraude y la evasión fiscal, decide intervenir regulando, con gran apoyo en la iniciativa de la OCDE (Proyecto BEPS) y el G20, un marco o terreno común para los Estados miembros que no los deje en desventaja tributaria respecto a otros territorios del mundo. Obviamente, las cifras que mueven estas empresas justifican una preocupación, análisis y control detallado y especializado.

Esta Directiva opta por mantener para estas empresas el ámbito del intercambio automático de información estatal en lo referido a los informes “país por país” con detalle del país donde opera una o varias entidades del grupo de empresas multinacionales y tenga su residencia a efectos fiscales o estén sujetas al pago de impuestos en relación con la actividad económica desarrollada a través de un establecimiento permanente del grupo multinacional.

Introduce un nuevo art. 8 bis bis específicamente diseñado para regular el intercambio de información sobre el informe país por país. Ese intercambio entre Autoridades Tributarias será de carácter automático (como el resto previsto en el art. 8), desgranando el contenido del mismo que incluirá importe de los ingresos, beneficios antes del impuesto sobre renta, número de empleados y activos materiales distintos del efectivo entre otros; así mismo se identificará cada entidad constitutiva del grupo de empresas multinacionales señalando el territorio de residencia fiscal de esa entidad y cuando sea diferente del territorio de residencia fiscal el territorio por cuya legislación se rija la organizaron de dicha entidad así como la naturaleza de la actividad principal de dicha entidad constitutiva.

Se fija un plazo de quince meses para llevar a cabo tal comunicación desde el último día del ejercicio final del grupo de empresas al que se refiere el informe país por país.

A raíz de la introducción del art. 8 bis bis ha de retocarse el art. 16 para que contemple menciones a este nuevo tipo de intercambio especialmente diseñado para las empresas de gran tamaño y significativamente al respecto de la evaluación de riesgos asociados a los precios de transferencia particularmente elevados.

La nueva redacción del art. 21 persigue incluir esta información empresarial en la red electrónica CCN.

El art. 23 positiva que este tipo de información sea objeto de evaluación anual, como lo es el resto de la afectada por la Directiva 2011/16/UE.

El art. 26, cuya redacción es sustituida por otra novedosa, asegura que la Comisión trabajará asistida por el Comité de Cooperación Administrativa para Asuntos Fiscales, lo cual nos traslada y refuerza en la idea de la cooperación internacional no solo entre Estados sino entre organizaciones internacionales que persiguen un mismo fin.

El plazo para entrada en funcionamiento de estos nuevos mecanismos de la Directiva 2016/881 es a partir del 5 de junio de 2017.

La UE, y en especial el Consejo, consciente de la relevancia del intercambio automático de información produce un nuevo texto que vertebra todo un corpus concreto, una codificación sólida sin parangón.

Hasta cierto punto la Directiva 2018/822 de 25 de mayo de 2018⁴¹⁰ supone un colofón tajante, un pronunciamiento comunitario en pos del intercambio como mecanismo transfronterizo para la comunicación de información. Viene a retocar y revisar algunos aspectos de la Directiva 2011/16 y 2014/107 sin olvidar las menciones a BEPS y los informes país por país de empresas (Directiva 2016/881) y los acuerdos transfronterizos de la Directiva 2015/2376.

La constatación por parte de las Autoridades comunitarias del carácter transnacional del fraude y la evasión fiscal subyace en todo el texto y las actualizaciones que propone en la búsqueda de una transparencia y la equidad tributaria a lo largo del territorio de la UE.

⁴¹⁰ Directiva(UE) 2018/822 del Consejo de 25 de mayo de 2018 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, <http://www.boe.es/doue/2018/139/L00001-00013.pdf>, (último acceso 21-6-18).

Se constata igualmente el carácter complejo del fenómeno de la planificación fiscal agresiva, la dificultad para conocer y aprehender sus entresijos y sus “señas distintivas” o indicios de elusión fiscal.

Pero si algo nos llama la atención en esta norma es la conciencia de la UE en conectar, en imbricar un uso eficiente de la información intercambiada entre jurisdicciones. Tenemos la sensación de que el texto supone un aldabonazo por el cual la UE ha comprendido, al fin, que todos los medios y en especial la fiscalidad de empresas y el fraude que pueda darse en ellas son elementos decisivos para atajar sólidamente el fraude fiscal. Todas las vertientes son caras de un mismo fenómeno.

De igual manera, no se debe sobrecargar a las Administraciones (ni a los administrados) con costes y deberes superfluos, por lo que se valida el trabajo realizado por la OCDE y sus normas de comunicación obligatoria de información respecto a estructuras extraterritoriales opacas.

Dos notas completan nuestra valoración de la Directiva de 2018:

- De una parte, se recuerda como, pese a ser competencia directa de los Estados, una fiscalidad cero o casi cero del impuesto de sociedades crea una señal distintiva o indicio para la aplicación de mecanismos transfronterizos de información y por ende de intercambio de información al respecto;
- De otra, resulta muy sorprendente la mención al Reglamento Europeo de Protección de Datos 45/2001 que se encuentra expresamente derogado por el nuevo Reglamento 2016/679. Este asunto será profusamente comentado en los siguientes Capítulos. Una incongruencia y un desconocimiento difícil de explicar en el legislador europeo.

Dentro del art.3 de la Directiva 2011/16 se añade un punto 18 para definir el mecanismo transfronterizo como aquel que afecte a más de un Estado miembro o a un Estado miembro y a un tercer país siempre que no todos los participantes residan a efectos fiscales en la misma jurisdicción, entre otros.

Llamativa es la mención al porcentaje de control de una sociedad: se fija en un 25% cuando en la Propuesta de esta Directiva 2017/0138 (COM (2017) 335 final) se establecía en un 20%.

El nuevo art. 8 bis ter (denominado bis, bis, bis en la Propuesta) otorga un plazo de 30 días para la comunicación de información sobre mecanismos transfronterizos sobre los 5 días planteados en la Propuesta.

Son así mismo novedosas en las Directivas las menciones a los datos a comunicar que incluyen lugar y fecha de nacimiento además del NIF y nombre.

En cuanto a fechas efectivas para el primer intercambio, se pasa de la Propuesta (primer trimestre de 2019) a 31 de octubre de 2020. Esto da idea de la complejidad del reto al que se enfrentan las Autoridades Tributarias para lograr que el sistema prospere y funcione sin vacilaciones. Se introduce un texto en el art. 23.3 que asegura que los Estados miembros comunicarán a la Comisión una evaluación anual de la eficacia del intercambio automático de información. Ello permitirá sin duda valorar resultados para proponer mejoras.

Al hilo de estas mejoras se alude a las sanciones dándose nueva redacción al art. 25 bis optando por la coerción para el cumplimiento lo que en el entorno comunitario, tradicionalmente reacio a las misma, da idea de la importancia concedida al asunto.

Finalmente se producirá una valoración de la Comisión: una revisión permanente del sistema para proponer e implantar posibles mejoras y actualizaciones evolutivas.

El plazo final de trasposición de la norma a los ordenamientos internos es el 31 de diciembre de 2019.

La revisión al panorama legislativo comunitario de nuestra materia no sería completa sin glosar la Directiva 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016⁴¹¹. En este texto se asegura como necesario para el buen funcionamiento del mercado interior que todos los miembros cumplan los compromisos adquiridos en virtud el proyecto BEPS que lucha contra la planificación fiscal abusiva. Se deben llevar a cabo acciones conjuntas por los miembros para evitar la fragmentación del mercado y alcanzar los objetivos comunes. En tal sentido se establecen normas a todos los contribuyentes sujetos al impuesto de sociedades de un Estado miembro y se especifica que los contribuyentes del impuesto

⁴¹¹ Directiva 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016 por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que indiquen directamente en el funcionamiento del mercado interior, es conocida por su acrónimo en inglés ATAD o Directiva anti abuso en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=HR> (último acceso 31-8-16).

pueden ser residentes fiscales en Estado miembro o estar establecidos con arreglo a la legislación de un Estado miembro (casos Google, Apple, Starbucks, etc.).

La UE está legitimada para dotarse de medidas de este tipo en virtud del principio de subsidiaridad contenido en el art. 5 del Tratado de la UE así como del principio de proporcionalidad.

Su fundamento radica en garantizar el pago del impuesto sobre beneficios allí donde se generen tratando de restablecer la confianza en la equidad de los sistemas fiscales de la UE y mantener a los gobiernos en el ejercicio de su potestad tributaria.

Destacamos los siguientes rasgos por su trascendencia y conexión con el objeto de nuestro estudio:

- a) La Directiva recuerda que la función de los impuestos de salida es garantizar que cuando un contribuyente traslade activos o su residencia fiscal fuera de la jurisdicción fiscal de un Estado, dicho Estado grave el valor económico de cualquier plusvalía creada en su territorio aunque cuando la plusvalía en cuestión todavía no se haya realizado en el momento de la salida, (imposición de salida, art.5 o *exit tax* con posibilidad de fraccionamiento en cinco años);
- b) En su art. 4 detalla medidas contra la elusión fiscal relativas a la limitación de los intereses. Estas medidas se alinean con la acción 4 de *BEPS (Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments)* de tal suerte que el importe de los gastos por intereses excedentarios serán deducibles hasta el 30% de los beneficios del contribuyente antes de impuestos;
- c) Sin embargo, en nuestra opinión, el punto de mayor relevancia se alcanza en el art. 6 al prescribir un marco general contra las prácticas abusivas (cláusula general anti-abuso, *General Anti Avoidance Rule, GAAR*) que bien podría actuar como freno a los acuerdos fiscales ventajosos (*tax ruling*) entre ciertos Estados de la Unión y diferentes empresas multinacionales (de dentro y fuera de la UE); en otras palabras, no se tendrán en cuenta mecanismos para la obtención de ventajas fiscales que desvirtúen la finalidad de la normativa tributaria. Ante uno de estos mecanismos la norma ordena calcular la deuda tributaria con arreglo a la legislación nacional. Por lo tanto, el texto irradia sus efectos no solo al ámbito nacional y comunitario sino también en relación a terceros países. Por el

momento no se han recibido críticas ante una supuesta extraterritorialidad de la norma salvo curiosamente desde Estados Unidos;

- d) La Directiva reconoce que no es posible establecer, en el momento de su publicación, normas específicas en los sectores financiero y de seguros sobre la limitación de intereses;
- e) Las asimetrías híbridas son objeto de atención por esta norma. Surgen de las diferencias de calificación jurídica de pagos (instrumentos financieros) nacidos en la interacción de los ordenamientos jurídicos de dos jurisdicciones. Habitualmente las asimetrías tienen una doble deducción en dos Estados o una deducción por renta en un Estado sin inclusión en la base imponible del otro. Para neutralizar los efectos de estas asimetrías son precisas las reglas contenidas en esta Directiva mediante las cuales una de las dos jurisdicciones tenga que denegar la deducción de un pago que provoque ese resultado;
- f) La aplicación de todas estas disposiciones tendrá lugar el 1 de enero de 2019 tras la correspondiente adaptación interna por los países miembros.

	PRINCIPALES DIFERENCIAS	
	MODELO FATCA 1	COMMON REPORTING STANDARD
1) Residentes	SÍ	SÍ
2) Nacionalidad	SÍ	NO
Registro ante IRS	SÍ	NO
Umbrales de saldos	SÍ	NO
Información pagos a EF no participantes	SÍ	NO
Deber de retención del 30%	SÍ	NO
Entidades y productos excluidos	SÍ	SÍ
Enfoque	BILATERAL	MULTILATERAL

Fuente: D. Coronas

2.4 Conclusiones.

El intercambio de información tributaria es hoy el criterio esencial que permite distinguir un paraíso fiscal de una jurisdicción fiscal transparente y cooperadora.

1. FATCA nace de la necesidad de “estandarizar” el intercambio de información; ese intercambio tendrá desde el surgimiento de esta iniciativa un marcado automatismo que atañe a las facetas técnicas, organizativas y, sobre todo, legales.

No hubiera tenido demasiado sentido mantener distintos modelos para diferentes ámbitos (OCDE, UE, EEUU, etc.). Por consiguiente, puede concluirse que los Acuerdos Intergubernamentales (IGA) FATCA modelo 1 son la base para generar un modelo multilateral universal en el contexto internacional cual es CRS: un nuevo estándar internacional.

2. La adaptación de FATCA a CRS ha supuesto, entre otras medidas, eliminar aspectos específicos de la normativa estadounidense, esencialmente el concepto de ciudadanía basado en nacionalidad y no en residencia como en la UE; la eliminación de umbrales, la inclusión de productos, y la supresión de la retención del 30% son las medidas más destacadas, sin olvidar la aparición del “test de domicilio” que tenía su antecedente en la Directiva UE 2003/48.

En otras palabras, el cambio de enfoque bilateral a multilateral aporta, entre otras ventajas, la remoción de obstáculos legales, mejoras técnicas y una mayor efectividad de la norma sin pérdida de legitimidad. La Actuación del G5 y la Declaración conjunta de febrero de 2012 suponen un punto de inflexión fundamental.

3. Como ha podido colegirse, FATCA es una norma compleja y en constante evolución que exigiría para una correcta interpretación un campo de juego equilibrado o igualdad de condiciones (*level playing field*) que por el momento no se da, constatándose una asimetría evidente. Así, tal coordinación no se aprecia, generando diferencias competitivas entre las IF de ambos lados del Atlántico y lo que es más importante, para sus clientes.

Si se trata de compartir información fiscal entre países, y tal información ha de proporcionarla el sector financiero, todos deben contar con unas mismas reglas de

juego (en cumplimiento y verificación de tal cumplimiento). De lo contrario estaríamos adulterando la competencia y el movimiento de capitales y personas dentro de una economía liberal y de mercado.

Los datos (de personas físicas y jurídicas) deben ser obtenidos por cada institución financiera para su posterior envío a la Autoridad Tributaria nacional, que será a su vez encargada de remitirlos a la correspondiente Autoridad en un régimen de reciprocidad no siempre simétrico (críticas sobre la extraterritorialidad) si bien entendemos que FATCA ha solventado este aspecto mediante la firma de Acuerdos Intergubernamentales y la evolución desarrollada por la propia OCDE. Mantenemos que debe darse a la iniciativa norteamericana el valor que tiene como pionera, reconociendo que cualquiera que sea su etiología, tiene en sí misma singularidad suponiendo un hito en la cooperación internacional, impulsor de otros posteriores.

Otras críticas a FATCA se centran en el elevado coste que supone su implantación para las instituciones financieras y las molestias documentales para sus clientes.

4. Quizás hoy, tal y como se ha discutido en la campaña electoral norteamericana, ha llegado el momento de que EEUU abandone el actual concepto de nacionalidad como base de su sistema tributario, en favor del mundialmente implantado criterio de residencia o territorialidad. La adopción de un mismo criterio evitaría que clientes de una misma entidad pudieran dejar de optar por invertir en instrumentos financieros sitos en EEUU por el mero hecho de evitar que sus nombres sean intercambiados, y, lo que nos resulta más importante: todos los ciudadanos tendrían los mismos derechos y obligaciones, no habiendo dos velocidades y nivelando el valor extra de un determinado pasaporte.

El término contribuyente estadounidense engloba a residentes y ciudadanos norteamericanos suscitando controversias y problemáticas de difícil solución. Esto exige un replanteamiento del principio básico sobre el que se asiente el sistema tributario norteamericano, que ha de alinearse por justicia y homogeneidad a la inmensa mayoría de sistemas nacionales. No habrá mayor garantía de legalidad y legitimidad que identificar y compartir la misma información sobre los ciudadanos con un único objetivo: reducir el fraude fiscal. El reto no es menor, pero, sin duda, merece la pena intentarlo.

5. El CRS incluye como novedad el test de residencia para determinar la misma de un cliente bancario. La UE ha incluido así mismo este test. En FATCA no se da esta posibilidad. El test podrá emplearse para cuentas de personas físicas preexistentes de bajo valor.
6. El amplio cometido del CRS (la detección e información sobre cuentas de no residentes en IF extranjeras (definidas como ajenas al país donde radican esas cuentas) avala su implantación y sustenta su propagación. Junto a ello las IF han de comunicar a sus clientes que sus datos (personales y financieros) van a ser intercambiados con otras Administraciones Tributarias.

CRS, por su propia naturaleza, no incorpora los artículos 4, 6 y 7 de FATCA ya que son específicos de esta y si exige reportar lugar y fecha de nacimiento.

Se han sustituido los umbrales por el test de residencia en cuentas preexistentes de persona física así como la búsqueda de información sobre la nacionalidad no siendo además el lugar de nacimiento un indicio de vinculación.

En CRS todas las cuentas de personas jurídicas que excedan de 250.000 dólares deben revisarse, incluso si no llegan a exceder (en algún momento) del millón de dólares.

Continuando las diferencias con FATCA, no existe obligación de identificar las cuentas cuyo titular es una institución financiera no participante.

Cuando una IF no participante sea considerada “entidad de inversión” será tratada como Entidad No Financiera Pasiva, es decir, tendrá que obtenerse de ella una declaración que aporte datos sobre sus socios mayoritarios de control y su estatus tributario⁴¹².

⁴¹² Una entidad de inversión que este regulada como instrumentos de inversión colectiva no dejará de ser instrumento de inversión colectiva exento por el mero hecho de haber emitido acciones al portador en forma física si cumple las siguientes condiciones:

- a) el instrumento de inversión colectivo no ha emitido ni emite acciones al portador en forma física después del 31 de diciembre de 2015;
- b) el instrumento de inversión colecta retira todas esas acciones en el momento de su rescate;
- c) el instrumento aplica los procedimientos de diligencia debida por la Directiva 2014/107 (Secciones II a VII) comunicando toda la información sobre esas acciones en el momento en que se presenten para su rescate u otro pago y
- d) el instrumento ha establecido métodos para garantizar que tales acciones se rescaten o inmovilicen lo antes posible y en todo caso antes del 1 de enero de 2018.

Junto a lo ya expuesto, CRS atribuye como domicilio para cuentas nuevas de entidades fiscalmente transparentes sin residencia fiscal el domicilio de la sede principal.

En líneas generales se reduce el número de entidades sobre las que hay que reportar respecto a FATCA al tiempo que no se incluyen ciertas categorías como las pequeñas instituciones financieras con clientela local o se establecen categorías abiertas en cada legislación doméstica sobre los productos que quedan no sujetos a comunicación de información.

7. El identificador fiscal es la nueva exigencia, que toda la legislación vista a lo largo de este trabajo, impone a las instituciones financieras y clientes para ser intercambiado entre los Estados.

El *TIN* es el número de identificación a efectos fiscales en los Estados Unidos y corresponde por lo general al número de la Seguridad Social (*SSN*). Para un extranjero residente que no tiene ni reúne requisitos para obtener el *SSN*, su *TIN* es el número de identificación personal de contribuyente emitido por el IRS, conocido como *ITIN*.

Para las personas jurídicas en EEUU, el *TIN* es el número de identificación del empleador (*EIN*).

8. En los seis primeros meses posteriores al *reporting* de 2016 se aprecia en las IFE un desplazamiento del peso de la clasificación desde el criterio contable y numérico hacia el basado en las DRF y KYC concediendo por tanto más valor a la información del cliente en bases de datos y procesos bancarios de acceso u *on boarding*.
9. La naturaleza jurídica de FATCA y CRS es similar si bien su anclaje al sistema jurídico español es diferente; FATCA se basa en un CDI bilateral sobre la base de un Convenio de la OCDE y CRS se encuentra enraizado en el Convenio multilateral de Asistencia Mutua del Consejo de Europa y la OCDE (2010).
10. Del contenido de la regulación sobre la auto-declaración prevista en el RD 1021/2015 resaltamos dos notas: establecimiento de un contenido mínimo y

especialmente la flexibilidad concedida a las IF con tal fin. La IF deberá actuar con criterio de razonabilidad respecto de la información recabada del cliente.

En cuanto a su forma, la Orden HAP/2487/2014 de 29 de diciembre refundió en un único modelo de declaración de residencia fiscal otros anteriormente existentes con el objetivo de que el cliente pueda acreditar ante una IF su condición de no residente.

11. La OCDE confiere un rol determinante a la auto-declaración de una cuenta nueva de cara a determinar la residencia fiscal de su titular (es).
12. Tanto CRS como FATCA (IGA Modelo1) comparten la noción de persona de control con referencias explícitas a su definición por el GAFL.

Sigue pendiente el problema práctico de la determinación del titular real de la sociedad que no sea cliente de una EF donde esta actúe.

En el caso de la persona de control de un fondo de inversión y aplicando por analogía las normas de PBC, el titular real del fondo es la persona de control y si no se presume que lo es el administrador del mismo.

13. CRS es un modelo eficaz que afecta a todo tipo de cuentas financieras abiertas en IF del país obligando a comunicar información de sus titulares y de las personas que ejercen control sobre otras (jurídicas) dentro del ámbito de la residencia fiscal.
14. La Directiva 2014/104/UE es una reproducción de CRS con ciertas adaptaciones relativas a los países miembros donde ha de aplicarse. Por lo tanto, en el ámbito de la UE, el CRS puede ser considerado como una herramienta hacia la coordinación fiscal en el seno de la Unión.
15. CRS aportará a las Autoridades Tributarias una panorámica sobre las posiciones financieras de los contribuyentes fuera de su país de residencia configurándose como el instrumento más potente del mundo en la lucha contra la evasión fiscal internacional.
16. En España la aplicación combinada de la información obtenida por CRS así como la declarada en los modelo 720 de la AEAT (bienes y derechos en el extranjero) será particularmente útil.

17. Un sector de la doctrina en Estados Unidos (entre los que se encuentra uno de los padres intelectuales de FATCA, el profesor GRINBERG) considera que FATCA ha cumplido su cometido, al lanzar y promover un sistema multilateral de intercambio global de información. Esa sería su esencia y su verdadera razón de ser: promover el debate y generar un impulso que coaligue y reconcilie los diversos sistemas (incipientes en su mayoría) con idénticas finalidades. Constituirse en punta de lanza para que cristalice un sistema internacional.
18. Podemos aventurar que en unos años las instituciones financieras se habrán convertido en “agentes fiscales” de los países de residencia donde se ubiquen en un contexto global de intercambio automático de información tributaria.
19. Existe una patente convergencia, en ciertos aspectos, entre QI y FATCA hasta el punto de que ambas legislaciones actúan coordinada y simultáneamente. De tal suerte, las dos materias emplean formularios del IRS comunes para recoger datos del cliente de cara a su identificación y clasificación como por ejemplo los W-8.
20. CRS admite la auto-certificación verbal o la afirmación verbal positiva sobre la residencia y otros datos contenidos en la misma. FATCA no contiene esta posibilidad.
21. La posición de salida de la UE en nuestra materia fue pionera pero débil; actualmente está concentrando sus esfuerzos en redoblar la eficacia de sus medidas.
22. Algunas iniciativas sobre el intercambio automático de información tributaria han sufrido objeciones sobre su carácter extraterritorial, y el posible conflicto entre las distintas normativas nacionales sobre protección de datos obligando así a las entidades financieras a revisar sus contratos bancarios para poder ceder datos encontrando cobertura legal. La creación de modelos intergubernamentales (acuerdos internacionales o modelos *templates*) viene a solventar este problema por la vía de la integración posterior de ese acuerdo en los ordenamientos internos estatales.
23. La relación entre FATCA y CRS es simbiótica, retroalimentándose e influyendo ambas entre sí.

CAPÍTULO III. DERECHOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL FRAUDE Y LA ELUSIÓN FISCAL

3.1 Introducción.

A lo largo de los dos capítulos precedentes hemos desarrollado y versado los aspectos que consideramos más relevantes del fraude fiscal en su vertiente internacional y las herramientas para combatirlo. El enfoque atañe directamente a los Estados y a los organismos y organizaciones internacionales que pueden alumbrar instrumentos jurídicos en un clima favorable de cooperación internacional.

Durante este tercer capítulo abordaremos los derechos del ciudadano ante tales instrumentos, ya que es suya la información (datos personales y bancarios) que va a transmitirse entre Instituciones Financieras y Autoridades Tributarias.

Este tercer enfoque, sin desmerecer al anterior, en cuyo ámbito recae el trabajo de campo más arduo, nos parece de capital importancia no sólo por las extensas repercusiones que plantea sino porque el debate intelectual brota aquí con inusitada virulencia.

Las posturas reflejan, casi como un ejemplo paradigmático, similares problemas a los que veíamos en FATCA y CRS: extraterritorialidad, enfrentamiento entre dos concepciones jurídicas (derecho continental frente al derecho anglosajón) aparición de nuevas fuentes como el *soft law*, problemas de adaptación e identidad jurídica entre figuras e instituciones normativas no siempre replicables en el otro entorno.

En suma, ahora hablaremos de personas, antes de instituciones, procedimientos y datos. No obstante podemos adelantar que la senda de la cooperación internacional se constituye como la más transitable para el objetivo de transparencia y reforzamiento de los derechos de los ciudadanos. Actualmente no hay fenómenos jurídicos, no solo relativos al fraude fiscal, que no presenten implicaciones internacionales y, por lo tanto, la colaboración multilateral de los Estados (junto a otros actores) es precisa.

El marco regulatorio de la protección de datos se circunscribe a dos esferas concéntricas:

- La de mayor tamaño atañe a la protección genérica que se ofrece al ciudadano sobre sus datos personales;
- La segunda (de tamaño menor) trata esa protección centrándose en el intercambio de datos de carácter tributario.

Los Estados, singularmente los europeos⁴¹³, han ido desarrollando políticas de protección de la confidencialidad en sus tratados y legislaciones nacionales y lo han hecho de manera significativa desde principios de la década de 2000. Un buen número de estas legislaciones se aplican para garantizar simultáneamente la confidencialidad con fines fiscales en el plano nacional e internacional. Al tiempo, se han implementado prácticas específicas de protección de información diseñadas para el entorno fiscal y el intercambio de información tributaria.

La protección de datos personales y el derecho a la privacidad en relación al proceso de esos datos se lleva a cabo de manera diferente en cada país incluidos los países de la UE que mantienen, pese al marco de la Directiva de Protección de Datos, regulaciones diversas.⁴¹⁴ Esta circunstancia se complica si los países pertenece a tradiciones jurídicas opuestas, como es el caso de aquellos con tradición de Derecho continental frente al Derecho anglosajón (*civil law vs. common law*).

No conviene olvidar la idea de que cualquier sistema de intercambio de información, incluido el automático, desplaza a la institución financiera hacia una posición de mero colaborador con su correspondiente Erario, situando el centro de atención en la relación entre el administrado (y obligado tributario) y la Autoridad Tributaria. De ahí que resulte crucial conocer y valorar los derechos del ciudadano y los deberes de la Administración. Por otra parte, tampoco ha de despreciarse el fin último que debe

⁴¹³ Desde 2010 se intensificaron los impulsos tendentes a lograr una regulación más uniforme del derecho fundamental a la protección de datos en el marco de una sociedad cada vez más globalizada. Así, se fueron adoptando en distintas instancias internacionales propuestas para la reforma del marco vigente. Y en este marco la Comisión Europea publicó el 4-11-10 su COM (2010) 609 final titulada “Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea”, que constituye el germen de la posterior reforma del marco de la UE. Al propio tiempo, el TJUE ha venido adoptando a lo largo de los últimos años una jurisprudencia que resulta fundamental en su interpretación. Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/ES/1-2010-609-ES-F1-1.Pdf> (último acceso 16-9-19).

⁴¹⁴ Véase en tal sentido la COM 9 final, 2012, Comisión Europea.

motivar la acción de un Estado democrático y de Derecho: el bien común a través de la justicia y la equidad.

Cuando nos referimos a la protección de datos de un ciudadano no solo atañe a la mera confidencialidad fiscal de los mismos ya que en determinadas situaciones lo que está en juego es la seguridad personal de cliente; pensemos por ejemplo en datos que pudiesen caer en mano de terroristas o un gobierno de guerrillas; en esos casos, ¿quién y cómo garantiza los derechos de los ciudadanos? También en estos casos subyace una de las razones por las que han sido utilizados paraísos fiscales y ciertos vehículos de inversión que ocultaban la identidad de sus beneficiarios reales: proteger la identidad en vez de defraudar tributariamente.⁴¹⁵

El 11 de septiembre de 2015 se publicó en el BOE la Ley Orgánica 10/2015 que regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal. Tal disposición permite a la AEAT publicar la sentencia con nombres y apellidos de un delito de fraude fiscal.

En su Preámbulo se recoge la contraposición entre el principio de publicidad⁴¹⁶ de las actuaciones judiciales consagrado en la Constitución (art.120) desarrollado por los artículos 232, 235 bis y especialmente por el art. 260 de la Ley 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial.

Por su parte la doctrina del Tribunal Supremo⁴¹⁷ (TS) ha considerado que la divulgación de los datos personales contenidos en las sentencias, especialmente las penales, podrían vulnerar el derecho a la intimidad y al honor.

Esa tensión entre publicidad e intimidad que subyace en este caso paradigmático, discurre permanentemente creando una tensión soterrada entre ambos derechos (publicidad e intimidad). En cierta medida la tensión proviene del hecho de que las

⁴¹⁵ El autor agradece a D. Florentino Carreño, socio de Cuatrecasas Abogados en Madrid, sus observaciones habidas en el curso de varias conversaciones al respecto de este capítulo.

⁴¹⁶ Siguiendo a la Real Academia de la Lengua española entiéndase el término “publicidad” como “divulgación o extensión de la noticia” sobre algo.

⁴¹⁷ Entre otras ATS 5569/2018 de 21 de mayo de 2018, ECLI: ES:TS:2018:5569A y por su parte la Audiencia Nacional en SAN 1556/2016 de 20 de abril de 2016, ECLI: ES:AN:2016:1556. En ambos casos se sustanciaba el asunto sobre la prescripción de la deuda tributaria considerando la disparidad entre el plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar las deudas tributarias (cuatro años) y el plazo de prescripción del delito contra la Hacienda Pública (cinco años).

actuaciones tributarias y las judiciales se basan en criterios distintos: confidencialidad frente a publicidad.

Esa publicidad, cuya gestión es encomendada en exclusiva al secretario judicial (art. 452 y ss. de la LOPJ), se efectúa a través del BOE.

El legislador español considera que el carácter sancionador de la publicidad de la condena legal no es negativo para el condenado, al considerar que se trata de cargas procesales dimanantes del proceso.

Para su difícil solución podría acudir a la teoría del bien común, si bien no ha de olvidarse quién define este bien en última instancia: El Estado, como más alta expresión del poder público que representa la soberanía popular y democrática. El bien jurídico protegido es el propio bien público, de ahí que la transparencia deba prevalecer en estos casos y actuaciones sobre derechos individuales como la intimidad o la protección de datos. Esta argumentación subyace en la mayoría de leyes de todos los ámbitos y sistemas jurídicos que veremos a lo largo de este capítulo.

Los límites a estos derechos se encuentran en los principios de la protección de datos personales ubicados, en el caso español, en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de carácter personal, donde se destaca el principio de proporcionalidad.

La ponderación sobre los datos contenidos en las sentencias judiciales resulta clave a la hora de salvaguardar derechos.⁴¹⁸

En el caso de los delitos vinculados al fraude fiscal carecía de sentido que la LGT permitiese conocer los nombres de quienes incumplen sus obligaciones tributarias con la Hacienda Pública y, en cambio, no se conociese el de aquellos grandes defraudadores condenados por sentencia firme. En tal sentido podemos apreciar el tenor del art. 95 bis⁴¹⁹ sobre la publicidad en casos de incumplimientos relevantes de obligaciones

⁴¹⁸ No deja de sorprender que en países del entorno comunitario los casos son citados con referencia a las partes intervinientes tanto si son personas físicas como jurídicas y no como en España con referencia numérica y fecha de la sentencia y tribunal que la dicta.

⁴¹⁹ Artículo 95 bis. Publicidad de situaciones de incumplimiento relevante de las obligaciones tributarias.

1. La Administración Tributaria acordará la publicación periódica de listados comprensivos de deudores a la Hacienda Pública por deudas o sanciones tributarias cuando concurran las siguientes circunstancias:

a) Que el importe total de las deudas y sanciones tributarias pendientes de ingreso supere el importe de 1.000.000 de euros.

tributarias, es decir, graves delitos. Esta innovadora norma confiere importancia al problema del fraude fiscal y subraya la verdadera relevancia social de este problema con auge en la última década.

Creemos necesario analizar si se respetan los derechos fundamentales al honor e intimidad y preguntarnos por qué se publican los autores de estos delitos y no otros.

Se trata de condenados por sentencia firme fundamentada en el aspecto disuasorio de la publicidad que otorga la sentencia, sin olvidar el derecho de los ciudadanos a conocer a los condenados por fraude fiscal.

El punto de partida que configura los principios generales sobre las obligaciones tributarias se recoge en el art. 93 de la LGT (obligaciones de información). En el ámbito subjetivo apunta a entidades y profesionales que deben colaborar en las obligaciones de informar. Tal es la importancia de tales obligaciones que no puede objetarse el secreto bancario para oponerse a la misma (ya señalamos en el capítulo I que tal secreto se halla finiquitado igualmente en el ámbito internacional). En efecto, tal deber de colaboración con el fisco implica igualmente a funcionarios públicos y profesionales independientes con la sola matización de que no será preciso aportar información de datos privados no patrimoniales (se entiende que estar en una esfera no atinente al ámbito tributario) ni será preciso traspasar información conocida por el profesional en el ejercicio del derecho a la defensa del obligado tributario.

Sin embargo, anticipando algunas conclusiones, nos parece capital, en el estado actual de debate jurídico al respecto, el contenido del art.94.5⁴²⁰ al señalar que la cesión de

b) Que dichas deudas o sanciones tributarias no hubiesen sido pagadas transcurrido el plazo de ingreso en periodo voluntario.

A efectos de lo dispuesto en este artículo no se incluirán aquellas deudas y sanciones tributarias que se encuentren aplazadas o suspendidas.

2. En dichos listados se incluirá la siguiente información:

- a) La identificación de los deudores conforme al siguiente detalle:
 - Personas Físicas: nombre apellidos y NIF.
 - Personas Jurídicas y entidades del artículo 35.4 de esta Ley: razón o denominación social completa y NIF.
- b) El importe conjunto de las deudas y sanciones pendientes de pago tenidas en cuenta a efectos de la publicación.

⁴²⁰ Art.94.5 LGT: “La cesión de datos de carácter personal que se deba efectuar a la Administración tributaria conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, en los apartados anteriores de este artículo o en otra norma de rango legal, no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de

datos de carácter personal a la Administración Tributaria sobre los obligados tributarios se halla amparada legalmente y no requiere el consentimiento del afectado. Por lo tanto, a la hora de transmitir esos datos en poder de una institución financiera a la AEAT no será preciso recabar autorización alguna siendo sin embargo más dudoso, a nuestro entender, con aquellos datos (p. ej. rendimientos de cuentas y saldos) que no se pueden estrictamente incluir en el bloque de “datos de carácter personal”. Y la norma tributaria subraya lo anterior, por si hubiera duda, afirmando que en este ámbito no será de aplicación la normativa española de protección de datos. La idea, por consiguiente, es el reforzamiento a la hora de cumplir el deber con Hacienda sobre la premisa del marco constitucional, que obliga a todos a colaborar en el sostenimiento de las cargas tributarias de nuestro país⁴²¹.

El art. 95 amplía su mirada y alude a “datos, informes y antecedentes de la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones” como información que debe ser “reservada”, es decir, que junto a los datos personales (art. 94.5) tienen una especial consideración el resto de datos que reflejan la situación patrimonial y tributaria del obligado hasta el punto de considerarla “confidencial” (art.95.3).

El carácter reservado puede verse alterado si así lo dispone la normativa europea. En el ámbito de la asistencia mutua (el deber de colaboración entre Administraciones públicas estatales planea en todo el artículo) se nos remite al art. 177.ter de este mismo texto legal (art.95.6).

En efecto, en el art. 177. ter 2 se indica que la información que se transmite a otros Estados en estas situaciones mantendrá el “carácter reservado”.

aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

⁴²¹ Desde la esfera de la garantía de derechos fundamentales resulta muy ilustrativo (siendo abordado en el capítulo IV) el expediente incoado a España por infracción de la UE a raíz de la implantación del modelo 720. En tal sentido, la Comisión considera que las sanciones contenidas en el modelo 720 por incumplimiento de la obligación de informar sobre activos poseídos en otros Estados miembros de la UE y delEEE, son desproporcionadas y discriminatorias, pudiendo disuadir a las empresas y los particulares de invertir o circular a través de las fronteras del mercado único europeo. Por consiguiente estas disposiciones, contenidas en el citado modelo entran en conflicto con las libertades fundamentales de la UE tales como la libre circulación de personas, trabajadores, servicios o capitales. Véase el Comunicado de prensa de 6-6-19, publicado en Bruselas, disponible en https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2774_es.htm (último acceso 3-9-19).

En nuestra opinión, otro aspecto destacable es la vocación internacional recogida en el art 177.bis 4 al asegurar que “la asistencia que la Administración tributaria preste a otros Estados o a entidades internacionales o supranacionales en virtud de la normativa sobre asistencia mutua estará sometida a las limitaciones establecidas en esta última.”

Como colofón, el art. 204 de la LGT⁴²² dispone las sanciones por infracción grave en los casos en que el deber de sigilo, por parte del retenedor y obligado a realizar ingresos en cuenta, se quebrase.

DATOS DE CLIENTES



Fuente: Daniel Coronas Valle

3.2. Marco regulatorio.

3.2.1 El estado de la materia en la OCDE.

⁴²² Art. 204. Infracción tributaria por incumplir el deber de sigilo exigido a los retenedores y a los obligados a realizar ingresos a cuenta.

“1. Constituye infracción tributaria el incumplimiento del deber de sigilo que el artículo 95 de esta ley exige a retenedores y obligados a realizar ingresos a cuenta.

La infracción prevista en este artículo será grave.

2. La sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 300 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma persona o entidad que hubiera sido comunicado indebidamente.

La sanción se graduará incrementando la cuantía anterior en el 100 por ciento si existe comisión repetida de la infracción.”

Los trabajos de la OCDE sobre esta materia siempre han mostrado sensibilidad sobre la figura del ciudadano y sus derechos. Así las conocidas Directrices de Privacidad de la OCDE tenían por objeto ayudar a los responsables públicos de los Estados en la elaboración de marcos de privacidad. Estas Directrices se adoptaron inicialmente en 1980 y fueron revisadas en 2013⁴²³.

La mayor parte de los convenios, recomendaciones y normas regionales en materia de privacidad y protección de datos están en consonancia con las Directrices de Privacidad de la OCDE, entre ellos el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal del Consejo de Europa (1981), los Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales de las Naciones Unidas (1990), el Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC, 2005), los Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad (Madrid, 2009) y la Ley Modelo sobre Protección de Datos Personales de la Organización de los Estados Americanos (OEA, 2014).

Los primeros trabajos publicados ya contemplan un capítulo o un apartado sobre protección de datos personales para actividades económicas. En tal sentido se ocupan de por una parte, el intercambio de información tributaria y los Convenios de Doble Imposición y por otra, de cualquier suerte de instrumento que regule la cooperación internacional en el seno de esta organización internacional.

Esa preocupación ha ido actualizándose e incrementándose, hasta plasmarse en un texto que aborda expresa e íntegramente el asunto: La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal⁴²⁴, y, en concreto en el art. 21 de la misma que aborda la protección a las personas y límites a la obligación de prestar asistencia⁴²⁵.

⁴²³ OECD/Inter-American Development Bank: “Protección de la privacidad”, in *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: A Digital Economy Toolkit*, OECD Publishing, 2016, Paris. Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264259027-18-es> (último acceso 16-9-19).

⁴²⁴ Hemos analizado con profusión, a lo largo de nuestro capítulo I, el contenido y la evolución legislativa de esta Convención, procedente de la OCDE.

⁴²⁵ Instrumento de ratificación del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en materia Fiscal de 1988 (BOE núm. 270 de 8 de noviembre de 2010) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-17153> (último acceso 16-9-19). Para un estudio pormenorizado del Convenio pueden consultarse las pp. 119-121 del capítulo I de este trabajo.

Este artículo⁴²⁶ desarrolla un marco que enumera medidas para no imponer a los Estados obligaciones de revelar datos e informaciones contrarias a la legislación del Estado emisor de los mismos, y permite una negativa a la asistencia entre Estados si esta carece de base legal o bien los principios jurídicos que la inspiran no se hallan en el Convenio de Doble Imposición entre ambos Estados.

La OCDE considera que la información financiera, incluyendo libros y documentos, no suele constituir un secreto comercial, empresarial de otra índole⁴²⁷. Se da una lógica protección especial en el suministro de información que afecta a la propiedad intelectual.

Se aprecia un doble nivel de protección para un mismo tipo de información según si esta se halla en manos de instituciones financieras o de un contribuyente, resultando que en el primer caso el Acuerdo internacional prevalece sobre la legislación interna o práctica común del Estado requerido, pese a que este lo considere secreto comercial o de otra índole. La razón debemos buscarla en establecer un mismo campo de juego para todas

⁴²⁶ Artículo 21. Protección de las personas y límites a la obligación de prestar asistencia.

1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio limitará los derechos y garantías otorgados a las personas por la legislación o la práctica administrativa del Estado requerido.

2. Salvo en el caso del artículo 14, las disposiciones del presente Convenio no se interpretarán en el sentido de que impongan al Estado requerido la obligación de:

a. adoptar medidas incompatibles con su propia legislación o con su práctica administrativa, o con la legislación o la práctica administrativa del Estado requirente;

b. adoptar medidas que considere contrarias al orden público o a sus intereses esenciales;

c. suministrar información que no sería posible obtener con arreglo a su propia legislación o práctica administrativa o con arreglo a la legislación o práctica administrativa del Estado requirente;

d. suministrar información que revele un secreto comercial, industrial o profesional o un procedimiento comercial, o información cuya comunicación sea contraria al orden público o a sus intereses esenciales;

e. prestar asistencia en el caso y en la medida en que considere que la imposición en el Estado requirente es contraria a los principios tributarios generalmente admitidos o a las disposiciones de un convenio para evitar la doble imposición o a las disposiciones de cualquier otro convenio concluido entre el Estado requerido y el Estado requirente;

f. prestar asistencia si la aplicación del presente Convenio diese lugar a una discriminación entre un nacional del Estado requerido y los nacionales del Estado requirente que se encuentren en la misma situación.

⁴²⁷ A tal efecto véase el caso FALCIANI y la polémica por dilucidar que jurisdicción atraía y bajo que cargos la sustracción y revelación de datos bancarios sobre clientes del HSBC; de una parte, Francia sostenía el fraude fiscal y la competencia basada en la nacionalidad y residencia de los clientes afectados y la del propio FALCIANI mientras que Suiza enfocó, sin éxito, el asunto como revelación del secreto bancario y vulneración del secreto industrial en un postrer intento de mantener un *statu quo* que solo beneficiaba, a nuestro juicio, a evasores fiscales.

las instituciones financieras del mundo, evitando que éstas se amparen en legislaciones radicadas en paraísos fiscales o regímenes no cooperadores en algún grado.

La protección alcanza igualmente a la confidencialidad entre abogado y cliente debidamente acreditado y reconocido como tal, circunstancia esta que trata de evitar casos donde un abogado alegue esta confidencialidad cuando actúa meramente como accionista, fiduciario o fideicomitente.

Actualmente, en el marco del Derecho Tributario Internacional, es posible alegar y denegar un requerimiento de información por parte de un nacional que reside en el Estado requirente. La justificación de esto podemos hallarla en el controvertido criterio de nacionalidad, por el cual ésta no puede ser la base para un trato desigual a un contribuyente. Sin embargo, como hemos conjugado en el capítulo I, la nacionalidad ha quedado en segundo término ante el concepto de “residencia fiscal”, al menos desde el punto de vista de la cooperación internacional y en cuanto al intercambio automático de información.

Una significativa referencia a la protección de datos (en relación a información financiera) en el ámbito de la OCDE se halla en el Manual de Implementación de CRS, que ya fue sustancialmente tratado en el capítulo II. Dentro de su Anexo I (pág. 118) se manifiesta la preocupación del organismo internacional por la salvaguarda de los datos. La norma ISO-27000 se constituye como marco que CRS (y los Estados y jurisdicciones firmantes) deben adoptar al intercambiar información tributaria sobre los ciudadanos. Esta norma proporciona un estándar de seguridad y control especialmente dirigido a las Autoridades Tributarias encargadas del intercambio. Esta norma ISO tiene el valor de recomendación que toda norma *soft law* conlleva en sí misma.

En 2012 la OCDE publicó el documento titulado “Garantizando la confidencialidad”⁴²⁸. Se trata de una guía para la protección de información intercambiada entre Estados con fines fiscales. En él se plasman una serie de directrices generales sobre el asunto.

El informe consta de cuatro partes y tres Anexos, uno de los cuales se dedica, por completo, a ejemplos prácticos en algunos países.

⁴²⁸ Garantizando la confidencialidad. Guía de la OCDE sobre la protección objeto de intercambio con fines fiscales. Disponible en <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/informe-garantizando-la-confidencialidad.pdf>, (último acceso 2-3-19).

La confidencialidad se configura como elemento determinante para que la información intercambiada fluya con garantías entre Autoridades Tributarias. El ciudadano y la propia Administración tienen derecho legal a exigir tal salvaguarda, que incluye además el uso para los fines permitidos por el propio intercambio y no otros.

La citada Guía conecta, de manera razonable, el marco nacional protegido con el contexto válido para el entorno internacional.

La intención de la OCDE al publicar este documento, es crear conciencia de atención sobre la confidencialidad, ubicándola como piedra angular de todas las funciones desempeñadas por una Administración Tributaria.

En su Parte I la Guía comienza haciendo referencia a la cooperación internacional sobre la información citando los textos más significativos alumbrados por la OCDE. La primera nota alude al carácter específico de la información intercambiada no pudiendo revelarse a quien no se especifique en la misma.

De conformidad con los postulados de la OCDE tenemos, por una parte, el art. 26.2 del Modelo de Convenio Fiscal OCDE (2012) que remarca el carácter secreto de la información al tiempo que asegura que mantendrá relación con la información de los impuestos a intercambiar. Las disposiciones del art. 26.2 se refieren a la información intercambiada y podrá aplicarse así mismo a la información procedente del procedimiento de asistencia mutua y apoyo a la recaudación de impuestos.

Por otra parte, traemos a colación el art.8 del Modelo de Convenio sobre Intercambio de Información sobre Asuntos Fiscales (Manual de Intercambio de Información de la OCDE de 2006). Este artículo confiere carácter confidencial a cualquier dato que sea recibido por un Estado contratante del Convenio. En cierta manera hay semejanzas entre este Convenio y el citado previamente Modelo de Convenio, no solo por el carácter confidencial, sino por limitar que personas puede acceder la información y con qué finalidad concreta. A nuestro entender, la mayor divergencia surge cuando el Convenio sobre Intercambio permite expresamente revelar información a cualquier persona o Autoridad una vez probado el consentimiento expreso de la Autoridad de la otra parte requerida.

Todo lo reseñado en ambos Tratados de ser analizado considerando el mencionado Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Asuntos Fiscales (de

1988 revisado en 2010), en concreto el art. 22. Este consagra el secreto para cualquier información relativa a impuestos y podrá ser revelada a autoridades y tribunales participantes en la evaluación, recaudación o cobro de impuestos regulados por este Convenio.

Llegados a este extremo, la Guía alude a las legislaciones nacionales y su específica regulación sobre información fiscal y aunque los Estados deben integrar en sus ordenamientos las obligaciones del Convenio de maneras diferentes, la confidencialidad ha de ser siempre vinculante y por lo tanto, no es negociable para los firmantes del Convenio, lo que nos aporta una idea de la alta significación que se le otorga a la misma⁴²⁹.

La garantía del cumplimiento de este régimen son las sanciones (administrativas o penales) que las leyes nacionales deben establecer al objeto de disuadir de forma clara y severa sobre una vulneración del secreto. Resulta indiferente si la sanción se contempla en una ley nacional fiscal o penal.

La parte II de la Guía desarrolla los aspectos clave que debe contener una política administrativa para proteger la confidencialidad de la información fiscal. La importancia es tal que se requiere que el contrato de trabajo de los empleados responsables de la información incluya cláusula de confidencialidad de la información incluso tras cesar la relación laboral. Habrá de designarse, como en todo programa de cumplimiento, una persona responsable de implementar tal política.

La información fiscal debe custodiarse de manera segura (servidores sólidos y con cortafuegos) empleándose contraseñas individuales y registro de acceso (limitado) a la información.⁴³⁰ Lógicamente, su aprobación debe realizarse al máximo nivel y transmitirse de manera segura, siendo de forma encriptada en caso de formato electrónico.

Toda solicitud de información debe archivar de manera segura y analizar si cumple con el Convenio y el mecanismo de información correspondiente.

⁴²⁹ Países como Reino Unido o Suecia otorgan prevalencia al Convenio en este tema si surgen discrepancias entre su ley nacional y este.

⁴³⁰ Es ilustrativo el grado de seguridad de acceso de los funcionarios del IRS norteamericano ya que el *software* detecta si acceden a información de amigos, vecinos o celebridades llegándose a establecer la legitimidad del acceso de forma justificada.

Las políticas de eliminación de información (física y electrónica) han de contener igualmente medidas de seguridad sobre los procesos de destrucción de la misma para cerciorarse de la conclusión de estos.

Una práctica frecuente de las Autoridades Tributarias consiste en comprobar que la persona del Estado solicitante de la información está autorizada para hacerlo y recibirla. El método de envío más actual es el electrónico siendo el emisor el responsable de su seguridad hasta la recepción. En la actualidad, la transmisión entre Autoridades se realiza por plataformas digitales seguras o archivos cifrados adjuntos a correos electrónicos.

Una vez recibida la información esta debe ser clasificada y almacenada de forma segura. La información debe ser integrada bien, en una base de datos exclusiva o bien, en el sistema principal de la Administración Tributaria con las restricciones de acceso oportunas. Ese acceso debe ser estricto, con permiso y basado en la “necesidad de conocer”. El uso de papel está vedado a casos estrictamente necesarios.

Un supuesto específico, al que se presta especial atención, es aquel en que se envía información a otra persona de la Autoridad Tributaria o del Ministerio de Justicia; en tal caso, deberá registrarse cuantas copias y a que personas se entregan las mismas advirtiéndose del carácter confidencial de la misma.

La Guía en su parte III aborda Recomendaciones, que como otras que hemos comentado en capítulos precedentes, tiene el valor del *soft law*. En este caso nos referimos a un conjunto de buenas prácticas que se aplica a la información fiscal obtenida a nacional.

Se rige por dos ideas consustanciales:

- Garantía de los países sobre instrumentos que mantengan el carácter confidencial de la información;
- Garantía de leyes nacionales que sancionen los incumplimientos o violaciones del deber de confidencialidad así como existencia de una legislación nacional que proteja la información obtenida por un intercambio basado en un convenio fiscal.

Junto a la política de garantía en los contratos del deber de secreto del empleado se une la formación que el empleador debe proporcionarle recordándole las responsabilidades que asume en la gestión de la información fiscal confidencial.

Así mismo debe trazarse un protocolo de actuación para los casos en que se divulgue información de manera no autorizada. Esa brecha en la seguridad debe acarrear la apertura de una investigación con redacción de un informe completo que incluya recomendaciones para mantener el alto grado de confianza tras los cambios que deben producirse evitando nuevas violaciones en el futuro. El proceso concluye con las naciones pertinentes a personas responsables.

La parte IV de la Guía es un cuestionario o listado de medidas que un Estado debe plantearse antes de intercambiar información con otro. Son los puntos de verificación que debe evaluar sobre el solicitante de datos.

Los Anexos contienen artículos sobre confidencialidad de los Convenios internacionales fiscales y de las legislaciones internas de cada Estado firmante señalando además el artículo doméstico que prevé la sanción en caso de violación de la confidencialidad.

Sin ser exhaustivos, en el estudio del Derecho comparado hemos de destacar que los miembros del G5⁴³¹ y EEUU coinciden en tratar en sus respectivos códigos penales la violación de seguridad por parte de funcionario público. La única excepción es Reino Unido, que ubica en la Sección 19 de su Agencia Tributaria y la Ley de aduanas de 2005, la regulación aplicable al señalado caso.

En el caso de España, la confidencialidad en relación a los datos de trascendencia tributaria se aborda básicamente en el art. 95 de la LGT así como el 197 (descubrimiento y revelación de secretos) y siguientes del Código Penal. Precisamente el Código Penal (CP) agrava las penas para aquellos encargados de la protección de la información y ficheros que contiene datos personales.

Otro factor a considerar reside en la puesta en marcha por parte de la OCDE 2010 de la Red Global de Control de la Privacidad⁴³² (GPEN por sus siglas en inglés). Se configura como una red informal de Autoridades de control de la privacidad con el fin de facilitar

⁴³¹ Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España.

⁴³² *Global Privacy Enforcement Network*: <https://www.privacyenforcement.net/> (último acceso 25-9-19).

la cooperación en materia de aplicación de leyes de privacidad que rigen el sector privado. En esta Red se incluye a las Autoridades de protección de datos de la UE y se velará por el fomento de las mejores prácticas transfronterizas y las iniciativas conjuntas.

Por consiguiente, nuevamente la OCDE innova con una iniciativa, que sin generar obligaciones jurídicamente vinculantes para sus participantes, persigue la eficacia⁴³³.

Siguiendo en el plano internacional, merece una mención el Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras (AMAC) firmado en Berlín en octubre de 2014⁴³⁴.

En concreto, en su art. 5 aborda la confidencialidad y la protección de datos sobre la información intercambiada salvaguardando los datos y responsabilizando de los mismos a la Autoridad Competente que proporciona la información según su normativa interna.

Como garantía se determina un mecanismo de notificación desde la Autoridad competente a la Secretaria del organismo de coordinación del AMAC con menciones a incumplimiento y sanciones concretas a desarrollar.

3.2.2 Unión Europea.

3.2.2.1 Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo de 24 de octubre de 1995 y el Acuerdo *Safe Harbour*.

El texto de referencia a escala europea para la protección de datos personales de los ciudadanos es la Directiva 95/46/CE⁴³⁵ cuyo propósito principal estriba en lograr un equilibrio entre un elevado nivel de protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de los datos de estas mismas personas en el seno de la UE.

El texto se configuraba, antes de su derogación, como pieza central de la legislación aplicándose en la UE junto a Islandia, Liechtenstein y Noruega.

⁴³³ <https://privacyenforcement.net/>, (último acceso 12-11-18).

⁴³⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/02/pdfs/BOE-A-2018-36.pdf>, (último acceso 2-3-19).

⁴³⁵ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOUE n° L 281 de 23/11/1995 disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046> (último acceso 17-9-19).

La seguridad del tratamiento de los datos es una preocupación que recorre todo el texto de la Directiva aunque tan solo se plasme en el art. 17 de la misma⁴³⁶.

La Directiva impone límites estrictos en la recogida y utilización de datos, al tiempo que solicita a cada Estado la creación de un organismo nacional independiente, encargado de la supervisión de cualquier actividad relacionada con el tratamiento de los datos personales. En España se trata de la Agencia Española de Protección de Datos, creada por la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) de 1999.

La primera matización destacable es que la Directiva (art.2.b) es aplicable a datos tratados por medios automatizados y no automatizados (ficheros informáticos ya en papel).

La Directiva deja fuera de su ámbito de aplicación actividades no comprendidas en aplicación del Derecho comunitario como seguridad pública, defensa o seguridad del Estado (art. 13.1). Esta exclusión resulta esencial ya que la zona de mayor problemática entre datos y derechos humanos es precisamente la seguridad del Estado.

⁴³⁶ Artículo 17

Seguridad del tratamiento

1. Los Estados miembros establecerán la obligación del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales.

Dichas medidas deberán garantizar, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes y del coste de su aplicación, un nivel de seguridad apropiado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse.

2. Los Estados miembros establecerán que el responsable del tratamiento, en caso de tratamiento por cuenta del mismo, deberá elegir un encargado del tratamiento que reúna garantías suficientes en relación con las medidas de seguridad técnica y de organización de los tratamientos que deban efectuarse, y se asegure de que se cumplen dichas medidas.

3. La realización de tratamientos por encargo deberá estar regulada por un contrato u otro acto jurídico que vincule al encargado del tratamiento con el responsable del tratamiento, y que disponga, en particular:

- que el encargado del tratamiento sólo actúa siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento;
- que las obligaciones del apartado 1, tal como las define la legislación del Estado miembro en el que esté establecido el encargado, incumben también a éste.

4. A efectos de conservación de la prueba, las partes del contrato o del acto jurídico relativas a la protección de datos y a los requisitos relativos a las medidas a que hace referencia el apartado 1 constarán por escrito o en otra forma equivalente.

La norma comunitaria se vertebra sobre dos postulados básicos:

- De una parte, el tratamiento lícito de los datos;
- De otra, la calidad de los datos, consagrada en el art. 6 de la Directiva 95/46; los datos han de ser adecuados y no excesivos, conseguidos de manera leal y lícita, al tiempo que recogidos para fines determinados y legítimos y exactos⁴³⁷.

En el primer caso, el interesado ha debido inequívocamente dar su consentimiento (art.7 Directiva) sobre sus datos, debiendo ser necesario el cumplimiento de un contrato por el interesado o es necesario el cumplimiento de una obligación legal del responsable del tratamiento.

El interesado cuyos datos son tratados se halla facultado para ejercer tres derechos:

- Derecho a obtener información (el responsable del tratamiento debe informar sobre fines y destinatarios de los datos entre otros);
- Derecho de acceso del interesado a los datos (art. 12 a Directiva);
- Derecho a oponerse al tratamiento de los datos siempre por razones legítimas (art.14).

La norma comunitaria prevé la transferencia de datos personales de un Estado miembro a un tercero que garantice el nivel de protección adecuado y, para este y otros fines, se facilita la elaboración de códigos de conducta (*soft law*), tanto nacionales como comunitarios, para la mejor aplicación de normas de ambos orígenes.

El art. 4.1 (especialmente apartados b y c) de la Directiva viene a señalar que la localización del usuario no es relevante, y consagra un procedimiento habitual sobre del Derecho Internacional Público en la aplicación de la Directiva y del Derecho nacional

⁴³⁷ Véase en tal sentido la transposición que se realiza en nuestro país de la Directiva 95/46 mediante el Real Decreto n° 156/96 de 02/02/1996, por el que se modifica el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, para designar a la Agencia de Protección de Datos como representante español en el grupo de protección de personas previsto en la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre. BOE núm.37 de 12 de febrero de 1996, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-2991> (último acceso 17-9-19).

sobre los datos personales⁴³⁸; en tal sentido en el caso *Google Spain*⁴³⁹ las actividades del establecimiento prevalecieron como criterio.

En el mismo sentido se pronuncia la Comisión en su COM II Final⁴⁴⁰ (Bruselas 2012) sobre el *General Data Protection*, al indicar que el criterio determinante no es la nacionalidad sino la residencia en un Estado Miembro, de tal suerte que los residentes (de cualquier nacionalidad) en la UE son el objetivo para la protección de datos.

Por su parte, el Parlamento Europeo, en su Informe sobre Libertades Civiles, Justicia, y Asuntos Domésticos de 12 marzo de 2014, revisa la citada COM de la Comisión⁴⁴¹. Destacamos su art. 45 sobre cooperación internacional que consagra mecanismos de intercambio de datos entre países y organizaciones internacionales⁴⁴² elevando lo que se discutió como “facilidad” al grado de “garantizar” esta cooperación. Estos mecanismos se preveían en los artículos 25 y 26 de la Directiva.

⁴³⁸ Art.4

1. Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando:

- a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable;
- b) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio del Estado miembro, sino en un lugar en que se aplica su legislación nacional en virtud del Derecho internacional público;
- c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea.

⁴³⁹ El As. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, dilucidado en STJUE de 13 de mayo de 2014, (*Google Spain*-Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja) será estudiado en las páginas posteriores de este mismo capítulo.

⁴⁴⁰ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/sec_2012_72_en.pdf, Bruselas 25-1-12, (último acceso 2-11-16).

⁴⁴¹ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) (COM (2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

⁴⁴² En el Informe de la Comisión de 15 de mayo de 2003 sobre la aplicación de la Directiva sobre Protección de datos COM (2003) 265 final ya se destacaba la preocupación por las disparidades que impiden a las organizaciones multinacionales desarrollar políticas paneuropeas sobre protección de datos.

El art. 84 garantiza el secreto (en el sentido de confidencialidad) de la información para un uso adecuado y siempre motivado de los datos.

El capítulo III de la Directiva 95/46 versa sobre los recursos y sanciones previstos para los casos en que todo lo anteriormente dispuesto falle o no se produzca conforme a Ley.

Como acertadamente señala KUSAK⁴⁴³ se ha producido un punto de retorno desde la STJUE C-362/14⁴⁴⁴ y la finalización de las negociaciones del Acuerdo *Safe Harbour* (*Umbrella Agreement*).

El Acuerdo *Safe Harbour*⁴⁴⁵ se firmó en septiembre de 2015 entre el Gobierno de los EEUU y la Comisión Europea. Incluye medidas de protección de datos personales que aluden al terrorismo. Se estimó que al menos cuatro mil compañías transfirieron datos entre la UE y EEUU antes de que en octubre de 2015 el TJUE (según el mencionado Caso SCHREMS resuelto por la STJUE de 6 de octubre de 2015) advirtiera la invalidez del acuerdo en el campo de la vigilancia de los gobiernos y la esfera de la privacidad de los ciudadanos.

Una vez más se pueden constatar dos realidades a ambas orillas del Atlántico.

A raíz de los acontecimientos del 11-S en Nueva York, se promulgan instrumentos jurídicos como la *Patriot Act*⁴⁴⁶ o la *Foreign Intelligence Surveillance Act*⁴⁴⁷ (aplicable

⁴⁴³ KUSAK, M: “*The standards for Protection of financial Information gathered within EU-US Cooperation in criminal matters. An outline of the existing legal framework and new initiatives in personal data protection*” en *Spanish Year Book International Law*, ISSN: 2211-6125, Vol. 19. pp. 235-242. Investigadora de la Universidad Adam Mickiewicz, Poznan, 2015.

⁴⁴⁴ El Asunto Schrems C-362/14 alude a una reclamación de una persona física cuyos datos fueron transferidos desde la UE a los Estados Unidos de Norteamérica. STJUE de 6 de octubre de 2015. ECLI:EU:C:2015:650. Un estudio detallado de este caso puede leerse en el apartado 3.3.1 de este mismo capítulo.

⁴⁴⁵ De la *Fact Sheet* de la Comisión de 6-11-15 se colige que sobre la base de la Directiva de 1995, la Comisión Europea adoptó el 26 de julio de 2000 la conocida como Decisión *Safe Harbour* reconociendo los Principios de privacidad de *Safe Harbour* publicados por el Departamento de Comercio de los EEUU siempre que presenten la adecuada protección para la transferencia de datos personales desde la UE a EEUU siempre que las compañías sean firmantes (voluntarias) de tal acuerdo. Las revelaciones de SNOWDEN obligaron a la Comisión a revisar *Safe Harbour*. La sentencia del caso Schrems fue el otro elemento que contribuyó a revisar sus postulados. Así como señala el Grupo de Trabajo del Art.29 (grupo independiente formado por representantes de autoridades nacionales de datos), se determina que la transferencia de datos personales no puede encontrar acomodo jurídico en la Decisión invalidada de Puerto Seguro. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6014_en.htm, (último acceso 22-12-16).

⁴⁴⁶ Acrónimo de la *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools to Restrict, Intercept and Obstruct Terrorism Act* of 2001, publicada en octubre de 2001 por el Gobierno Federal de EEUU tras los atentados del 11-S, disponible en *Public Law Pub.L.107-57*, (última consulta 17-9-19).

incluso a extranjeros que atentan contra EEUU), que, en puridad, merman la protección constitucional del ciudadano norteamericano (entradas, comunicaciones electrónicas, etc.).⁴⁴⁸

Ambos asuntos atañen a los diferentes tratamientos otorgados por las leyes norteamericanas y europeas en materia de protección de datos. Una vez más (al igual que comprobamos con los enfoques FATCA y CRS) se ofrecen soluciones diferentes, en principio, para problemas interconectados, siendo deseable un entendimiento entre ambos sistemas jurídicos (y ambas esferas de influencia), dado que aglutinan dos tercios del comercio y las transacciones internacionales mundiales.

Todo ello hemos de considerarlo a la luz de una reciente jurisprudencia europea que está reafirmando el valor del TFUE y su aplicación preferente frente a las normas nacionales.⁴⁴⁹

Algunos ejemplos sobre el marco de la asistencia legal y la cooperación internacional en la UE pueden encontrarse en la Directiva sobre la Orden Europea de Investigación de 2014⁴⁵⁰ en materia penal. El art. 20 de la misma aborda la protección general de datos personales, mientras que la información financiera sobre cuentas bancarias se trata en el art. 26 y la información de otros productos y operaciones bancarias en el art. 27. La idea que vertebra esta Directiva es establecer un marco de cooperación policial y judicial

⁴⁴⁷ La conocida como FISA fue aprobada por el Congreso de EEUU en 1978 y reformada en 2008. Disponible en *Public Law Pub.L. 95-511* (última consulta 17-9-19).

⁴⁴⁸ Diferente cuestión, aunque con evidentes puntos de conexión con esta, son las ramificaciones económicas y financieras que tuvo el 11-S y que fueron puestas de manifiesto con notable nitidez en Congressional Research Service: *“The Economic Effects of 9/11: A retrospective Assessment”*, 2002. Disponible online en: <http://fas.org/irp/crs/RL31617.pdf> (último acceso 11-3-16).

⁴⁴⁹ Véase el C-105/14 - Taricco y otros. STJUE de 8 de septiembre de 2015, ECLI:EU:C:2015:555. La STJUE viene a señalar que, para la protección de intereses financieros de la UE, las leyes europeas (art. 325 TFUE) pueden requerir a un Estado miembro a inaplicar todas aquellas disposiciones internas que puedan ser contrarias a las obligaciones que el Derecho de la Unión impone a los Estados Miembros. En esta misma línea puede ubicarse la STJUE de 5 de octubre de 2004 sobre el C-397/01, ECLI:EU:C:2004:584 y la STJUE de 21 de mayo de 2015 en el caso C-560/13, ECLI:EU:C:2015:347 en relación a los movimientos de capital por la prestación de servicios financieros. De igual manera y para un estudio en mayor profundidad de la protección de los intereses financieros comunitarios y de su presupuesto puede consultarse GONZALEZ JARABA, M: “La protección de los intereses financieros en la UE”, Arola Editors, 2018.

⁴⁵⁰ Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de investigación en asuntos penales (*European Investigation Order in criminal matters*). DOUE L 130/1 de 1 de mayo de 2014.

que permita investigar eficazmente pero con garantías suficientes para los ciudadanos cuyos datos son intercambiados⁴⁵¹.

Todas estas garantías hunden sus raíces en los problemas que la vigilancia y el funcionamiento de los sistemas financieros en la lucha contra el terrorismo han provocado en las relaciones entre la UE y los EEUU, en particular en el marco SWIFT, como ilustraremos posteriormente.

En este sentido podría criticarse, a priori, la falta de protección de datos y derechos fundamentales que mantiene el posterior *Safe Harbour*. Por cierto, este último no contiene referencia a información financiera.

Como hemos avanzado, el planteamiento de la UE difiere del norteamericano especialmente en la apuesta por promover la creación de autoridades independientes que gestionan y custodian los datos personales, y que además tienen potestad sancionatoria.

El planteamiento de la UE, como hemos ido señalando, difiere del norteamericano especialmente en cuanto promueve la creación de autoridades independientes que gestionan y custodian los datos personales teniendo potestad para imponer sanciones.

El tratamiento específico de la protección de datos en relación a los obligados tributarios tenía su expresión más destacada en la Directiva 2011/16/UE y su art. 16. Siempre en el marco de la cooperación administrativa, se otorgaba la cualidad de secreto oficial (sigilo) a la información que iba a ser intercambiada y protegida según las leyes nacionales del Estado receptor.

En su segundo párrafo, el citado precepto permite, bajo permiso expreso de los Estados, que la información pueda usarse para otros fines además de los meramente tributarios. Adicionalmente se prevé el intercambio para usos tributarios a un tercer Estado por parte de aquel que acaba de recibirla. Esta situación ha experimentado un vuelco notable tras la publicación de la Directiva (UE) 2018/822⁴⁵² del Consejo de 25 de mayo de 2018 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y

⁴⁵¹ Para profundizar en este aspecto Vid. GONZÁLEZ CANO, M.I.: “Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea”, Ed. Tirant Lo Blanc, 2019.

⁴⁵² Véase en tal sentido nuestras palabras en las páginas 339 y 521 de este trabajo al considerar a esta regulación un colofón en cuanto al modo y la importancia del intercambio automático de información tributaria.

obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

El TJUE ha matizado a través de su jurisprudencia⁴⁵³ los principios inspiradores que deben presidir el intercambio de datos financieros:

- a) Equilibrio entre la carga de la prueba (contribuyente) y la potestad de requerir datos por parte del Estado;
- b) Proporcionalidad en los Estados a la hora de la lucha contra el fraude fiscal;
- c) No discriminación que impida la indefensión de un contribuyente ante la discriminación en la obtención de información de las Autoridades competentes de un Estado concreto.

A modo de epílogo, hemos de reseñar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Intercambio y Protección de datos personales en un mundo globalizado: COM (2017)7 final⁴⁵⁴ publicada en Bruselas el 10-1-17.

⁴⁵² Véanse especialmente Caso 196/04 (Cadbury Schweppes) y Caso 136/00 (Danner). Ambos se encuadran en una línea jurisprudencial del TJUE que se aparta de la interpretación inicial mayoritariamente favorable a la armonización comunitaria. En el caso Cadbury Schweppes se planteó una situación con una sociedad residente en Reino Unido y dos filiales en Irlanda que actuaban como coordinación financiera y tributaban o al 10% en el impuesto de Sociedades irlandés. Dado que la norma británica de transparencia internacional obligaba a imputar los rendimientos de esas filiales a la matriz se planteó si era conforme al Derecho comunitario y en concreto si podía vulnerar lo dispuesto en el art. 43 y 48 del TCE sobre libertad de establecimiento y los arts. 49 y 56 sobre libre circulación de capitales. El Tribunal de Luxemburgo concluye que a menos que se produzca un montaje fiscal puramente artificial para eludir el impuesto nacional (en este caso británico) la estructura societaria descrita es legal pues se desarrolla toda una actividad económica efectiva en Irlanda. No se trata aquí de filiales “fantasma” o pantalla ni tampoco de menoscabar la jurisprudencia reiterada que señala que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros siempre que respeten el Derecho comunitario.

En el caso Danner el supuesto de hecho atañe directamente a las posibles ventajas fiscales obtenidas por un trabajador de doble nacionalidad comunitaria que cotizó en dos territorios y se alega la dificultad para obtener información sobre tales cotizaciones, su imposición y su desgravación correspondiente. En tal sentido el TJUE recuerda que la vigente entonces Directiva 77/799 sobre Asistencia mutua de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y los impuestos sobre las primas de seguros, permite a las autoridades competentes recabar de otro Estado información necesaria para la liquidación correcta de los impuestos sobre la renta y que ese mecanismo de cooperación internacional es suficiente para comprobar aportaciones y sus posibles deducciones. Como sabemos este papel de la cooperación se ha visto reforzado por las incitativas legislativas internacionales, que hemos tratado a lo largo de este trabajo, y que han perfeccionado dentro y fuera del marco comunitario el intercambio de información tributaria entre Estados.

⁴⁵⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Intercambio y Protección de datos personales en un mundo globalizado, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2017%3A7%3AFIN>, (último acceso 12-11-18).

Partimos de la base de que el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE consagra la protección de los datos personales en territorio comunitario, remontándose a la regulación de la Directiva 95/46 y al vigente Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 (RGPD).

La mencionada Comunicación asegura que la privacidad es un valor protegido no solo en la UE como demuestra que la adopción de legislaciones que elevan la protección de la intimidad, tratando de congeniar los avances de la economía digital con la protección de los datos personales del ciudadano⁴⁵⁵. La intención por tanto es elaborar un marco integral específicamente europeo que favorezca el flujo de datos personales, manteniendo al tiempo un alto nivel de protección.

Debe destacarse, como señalamos al estudiar el RGPD, que la protección afecta tanto a empresas de la UE como de terceros países, siempre que desarrollen sus actividades económicas en la Unión. Lógicamente para una implementación efectiva de este marco unificado es necesario actuar sobre el sector público y privado al tiempo.

La nueva normativa paneuropea consagra un régimen unificado y simplificado para todo los Estados de la UE, manteniendo un supervisor único europeo para controlar operaciones de transferencia de datos transfronterizos.

El campo de juego en igualdad de condiciones (equilibrado) es el resultante de este nuevo RGPD, que como vimos con respecto a FATCA y CRS, equipara las legislaciones europeas en la materia, propiciando así la libre circulación de la información.

El marco de referencia se completa con la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de

⁴⁵⁵ Buena prueba de esta preocupación por la regulación de datos personales puede observarse en UNCTAD: *Data protection regulations and international data flows: Implications for trade and development*, 2016: http://unctad.org/en/PublicationLibrary/dtlstict2016d1_en.pdf.

infracciones penales o ejecución de sanciones penales y a la libre circulación de datos personales⁴⁵⁶.

Consideramos que la faceta más trascendental del nuevo RGPD es la facultad que se atribuye a la Comisión para crear mecanismos de cooperación internacional que faciliten la aplicación de la normativa de protección de datos, incluidos los Acuerdos de Asistencia Mutua (de cualquier naturaleza: fiscal, penal, etc.)⁴⁵⁷.

En consecuencia, resulta reforzado el papel de la cooperación entre Autoridades de control en el plano internacional⁴⁵⁸. De manera rotunda la Comisión afirma que “la privacidad no es un producto con el que se puede negociar.”⁴⁵⁹

La digitalización de los procesos productivos y la hiper expansión de internet han transformado la economía mundial⁴⁶⁰ y el comercio, afectando, en gran medida, a los datos personales. La seguridad de esos datos es un valor esencial para garantizar el flujo comercial de los consumidores.

⁴⁵⁶ Para un análisis más completo de esta Directiva, cuyo contenido es solo colateral a nuestro estudio, Vid. SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, M.B.: “La protección de datos personales en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial consideración a las transferencias de datos a terceros países y organizaciones internacionales según la Directiva 2016/680, Revista de Estudios Europeos núm. 69, enero-junio, 2017, pp. 17-36, <http://www.ree-uva.es/images/numeros/69/2017-69-17-36.pdf>.

⁴⁵⁷ Véase en tal sentido el art. 50 del citado Reglamento.

⁴⁵⁸ No debe olvidarse en relación a la postura europea proclive a la protección, la posición favorable del Presidente estadounidense D. TRUMP sobre el proteccionismo comercial, siendo, por lo tanto, significativo este pronunciamiento europeo sobre la transferencia internacional de datos y las facilidades que otorga, a nuestro juicio, al comercio internacional frente a la aplicación generalizada de aranceles.

⁴⁵⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Intercambio y Protección de datos personales en un mundo globalizado, COM (2017) 7 Final, publicada en Bruselas 10-1-17 disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2017%3A7%3AFIN>, (último acceso 12-11-18).

⁴⁶⁰ Respecto de estas transformaciones pueden consultarse las reflexiones acertadas de GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. en “Cuarta Revolución industrial, empleo y Estado del bienestar”, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 5-12-17. En el texto el autor aborda su preocupación sobre los efectos adversos de la tecnología sobre el empleo y la sociedad actual constatando en la globalización tres líneas de desigualdad: entre trabajadores, entre empresas y entre países. Como consecuencia de esas desigualdades surgen reacciones como el auge del proteccionismo comercial y del populismo político. Un vector a tener, por lo tanto en cuenta, es el fomento de políticas inclusivas (no solo en el sector social y productivo). En tal sentido se produce una coincidencia de pensamiento con las tesis vertidas por el que fuera ex Presidente del gobierno italiano Enrico LETTA en su obra LETTA, E.: “Hacer Europa y no la guerra” Ed. Península, Barcelona, 2017.

Las Autoridades comunitarias tienen claro que la era digital implica, simultáneamente a las facilidades, un entorno protector avanzado y que este aspecto es innegociable como se deduce de los constantes documentos evacuados por la Comisión⁴⁶¹.

A lo largo de todo este texto, la Comisión recuerda que en la aplicación de la jurisprudencia del TJUE (especialmente C-362/14-SCHREMS), no es preciso que todos los países tengan un régimen legal idéntico en materia de protección de datos pero, que sin embargo, es esencial que en su conjunto sostengan un nivel elevado de protección, aplicando el principio de adecuación y adoptando así los valores fundamentales de la regulación europea al respecto.

De forma inequívoca, la Comisión reconoce el carácter adecuado del sistema de protección de datos de jurisdicciones con sistemas jurídicos diferentes, como el caso de Suiza, Andorra, Islas Feroe, Guernsey, Jersey, o Isla de Man además de Canadá, EEUU o Nueva Zelanda.

En el caso de Canadá se mencionaba una adecuación parcial respecto a las entidades privadas que, sin embargo, quedó superada y eliminada tras la entrada en vigor el Acuerdo CETA sobre libre comercio firmado entre la UE y Canadá y que ahora se encuentra en fase de aprobación por los Parlamentos nacionales de los Estados que forman la UE⁴⁶².

En el caso estadounidense la situación se ve muy condicionada por la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1260 de 12 de julio, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de Privacidad entre la UE y EEUU. Se emplaza a EEUU a

⁴⁶¹ Como muestra de los mismos puede consultarse, a suerte de compendio, *Proposal for an E Privacy Regulation* disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/proposal-eprivacy-regulation>, (último acceso 17-9-19).

⁴⁶² Un primer balance del Acuerdo puede encontrarse en el Comunicado de prensa “Un año después, el acuerdo comercial entre UE y Canadá ofrece resultados positivos”, Bruselas 20-9-18, disponible en https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5828_es.htm (último acceso 17-9-19) y la valoración publicada por la Universidad de Granada citando empresas españolas que han incrementado su facturación en territorio canadiense, “Primer año del acuerdo comercial entre la UE y Canadá con un aumento significativo de las exportaciones españolas” disponible en <http://cde.ugr.es/index.php/union-europea/noticias-ue/584-primer-ano-del-acuerdo-comercial-entre-la-ue-y-canada-con-un-aumento-significativo-de-las-exportaciones-espanolas>, (último acceso 17-9-19). Así mismo, en relación a este y otros aspectos del Acuerdo CETA, puede consultarse nuestro trabajo en CORONAS VALLE, D.: “El Acuerdo CETA entre la UE y Canadá: Realidades y Reflexiones”. Revista Transatlantic Studies Network, núm. 5, Universidad de Málaga, junio, 2018.

configurar una legislación general en materia de protección de datos que contribuya a un mejor entendimiento entre empresas y autoridades de ambas esferas.

En cualquier caso, puede concluirse que entre los años 2011-2015, un número superior a la treintena de países ha publicado normas sobre protección de datos con algunos denominadores comunes tales como el reconocimiento de la protección como derecho fundamental, la existencia de derechos individuales en materia de privacidad y la creación de Autoridades de control independientes.

La constatación de la adecuación de criterios como la magnitud de los flujos comerciales, el alcance de las relaciones entre un tercer país y la UE o la relación política global con ese país son aspectos a tener en cuenta. Precisamente este esquema se aplica con países asiáticos como Japón o Corea del Sur.

Se reconoce en la Comunicación la existencia de otros mecanismos alternativos de transferencia de datos adoptando, por ejemplo, cláusulas contractuales (tipo), o actuando únicamente sobre ciertos sectores empresariales o aplicando normas corporativas vinculantes a grupos de empresas de un determinado sector industrial o modelo de negocio.

Finalmente, al igual que estudiamos en nuestros capítulos I y II, la Comisión considera y propone a terceros países la adhesión al Convenio (núm.108) del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y el protocolo adicional de 2001.

3.2.2.2 Reglamento CE 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000 y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD).

Este segundo instrumento normativo de referencia en la materia traza, a lo largo de sus cincuenta y un artículos, un pormenorizado recorrido sobre el uso de los datos personales afectos o conectados con la UE.

El Reglamento nos sitúa ante actividades que pertenecen al ámbito de aplicación del Derecho comunitario (art.3.1). Su contenido versa sobre la protección del entorno comunitario respecto de las personas físicas en relación al tratamiento de sus datos personales por las instituciones y organismos comunitarios (art.2.a).

Su finalidad última es garantizar el respeto efectivo de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas así como la libre circulación de los datos entre Estados miembros e instituciones comunitarias o entre los propios organismos en el ejercicio de sus competencias (art.1.1).

Posiblemente la propuesta de mayor calado que introduce es la creación de un Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD o por sus siglas en inglés, *EDPS*) (artículos 41 a 48), nombrado de común acuerdo por el Parlamento Europeo y el Consejo, que actuará bajo criterios totalmente independientes.

Los rasgos definitorios en el tratamiento de los datos personales incluyen criterios de legalidad, licitud, legitimidad y exactitud en la gestión de los mismos (art.4).

Otros aspectos clave son el detalle de las normas que garantizan la protección de datos gestionados por las instituciones y organismos de la UE, definiendo los derechos de los ciudadanos al respecto. En tal sentido, el art. 6.1 se habilita la posibilidad de un cambio en los fines que motivaron la recogida de los datos personales siempre que tal cambio se encuentre recogido expresamente por normas internas de la institución comunitaria. Esta posibilidad no podrá aplicarse en caso de datos personales recogidos exclusivamente para garantizar la seguridad (art.6.2).

Los ciudadanos pueden presentar ante el SEPD una reclamación si consideran vulnerados sus derechos y libertades previstos en el propio Reglamento. En correlación a esto, cada Estado habrá de designar un responsable (arts. 21 a 26) de protección de datos que actuará coordinadamente con el SEPD. Esta personalización resulta capital para atribuir y concienciar a la hora de la gestión y del régimen sancionador.

La aplicación territorial de esta regulación comunitaria se ve ciertamente alterada por el contenido del art. 9. En el mismo se configura la posible transmisión de datos personales a destinatarios diferentes de instituciones comunitarias y no sujetas a la Directiva 95/46/CE. En este caso debe tratarse de un tercer país u organismo internacional que realice tareas únicamente de su competencia y que pueda además garantizar un adecuado nivel de protección a los datos que solicitan.

El SEPD está facultado para intercambiar datos personales a un tercer país u organización internacional que no garantice un nivel de protección adecuado si este se compromete a ofrecer garantías suficientes sobre la vida privada y derechos y

libertades fundamentales (art.9.7). En suma, una puerta trasera pensada para casos urgentes donde prevalezcan los motivos urgentes de seguridad nacional para el intercambio de datos⁴⁶³.

Se tratan con especial cuidado aquellos datos que revelan origen étnico o religioso (art.10) así como afiliaciones políticas, sindicales o tendencias sexuales y datos relativos a infracciones penales (salvo las ordenes europeas ya comentadas por la Directiva de 2014). Para tal fin, el Reglamento desarrolla un proceso de consulta, rectificación, bloqueo y supresión de datos en poder de alguna instancia comunitaria (artículos 13 a 19).

La previsión de mayor complejidad jurídica es aquella que establece la conservación de los datos durante un periodo de tiempo “no superior al preciso”, (de nuevo concepto jurídico indeterminado) añadiendo que la gestión de los datos debe contar con el consentimiento inequívoco del interesado, y radicar en el cumplimiento de una obligación jurídica.

Igualmente polémicas, por su uso y apreciación, pueden resultar las excepciones dibujadas en el art.20 al permitir alegar la salvaguarda de los intereses económicos o financieros importantes de un Estado miembro o la protección de los derechos de otras personas y por supuestos “ la seguridad nacional, el orden público y la defensa de los Estados miembros”(art. 20.1.d.). Como garantías se establecen dos grandes medidas: por una parte, comunicar al interesado las razones de la limitación, y por la otra, habilitar el mecanismo de recurso ante el SEPD⁴⁶⁴.

Teniendo el legislador europeo muy presente la importancia de las redes telemáticas desarrolla el capítulo IV del Reglamento (arts. 34 a 40) orientado a toda persona física

⁴⁶³ Aunque podría ser sencilla la analogía con instrumentos legales estadounidenses ya citados, pensamos que en este caso el legislador europeo tiene en mente la actuación de la EUROPOL y otras agencias de seguridad.

⁴⁶⁴ El juego de contrapesos y garantías jurídicas se articula de tal forma que el SEPD “vela por evitar que el tratamiento de datos personales realizado por los servicios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el contexto de sus actividades administrativas, pueda menoscabar los derechos de las personas de que se trate —derechos que están garantizados por la normativa relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a la libre circulación de estos datos— y asesora a los responsables del tratamiento de estos datos sobre el cumplimiento de sus obligaciones” tal y como se desprende de la web de TJUE, disponible en https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_641404/es/, (último acceso 27-9-19).

que utilice una red de telecomunicación bajo el control de una institución u organismo comunitario.

Los posicionamientos adoptados por parte del Supervisor Europeo, que a nuestro parecer merecen ser destacadas, son:

- A. En su Opinión 4/2016 el SEPD expone sus ideas centrales sobre la protección de datos y la adecuación del Acuerdo *Privacy Shield* al marco regulador europeo.

A grandes rasgos considera precisos cambios significativos para mejorar la esencia de los principios de la protección de datos especialmente los relativos a transparencia, corrección y condiciones de equivalencia de tránsito entre EEUU y UE.

Esta Opinión considera que el sistema propuesto por las partes de auto certificación es mejorable de cara a la obtención de un entorno más seguro y sólido.

Tras la decisión del TJUE invalidando la adecuación del Acuerdo *Safe Harbour*, la UE concluyó en febrero de 2016 el nuevo marco para la transferencia de datos personales y que incluye siete anexos⁴⁶⁵.

El 26 de mayo el Parlamento Europeo adoptó una resolución sobre el flujo de datos transatlánticos llamando a la Comisión a negociar con EEUU mejoras en el *Privacy Shield* a la vista de las deficiencias iniciales que este plantea a la luz de los principios inspiradores europeos⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Una ajustada síntesis del proceso puede leerse en “EU-US Privacy Shield, el reemplazo de Safe Harbour”, KPMG, febrero 2016, disponible en <https://www.tendencias.kpmg.es/2016/02/eu-us-privacy-shield-el-reemplazo-de-safe-harbor/>, (último acceso 18-9-19).

⁴⁶⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2016, sobre los flujos transatlánticos de datos (2016/2727(RSP)), disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0233_ES.html, (último acceso 18-9-19). En este mismo sentido puede resultar de interés la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Los flujos transatlánticos de datos: recuperar la confianza instaurando estrictas salvaguardias” COM/2016/0117 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016DC0117> (último acceso 18-9-19). A lo largo de la misma se hace un repaso histórico por los hitos de mayor relevancia desde el punto de vista del intercambio de datos personales entre EEUU y UE, revisando los encuentros y desencuentros habidos hasta la fecha de publicación de la Comunicación: 29-2-16. Al tiempo contextualiza el momento en que nace el RGPD de 2016, estableciendo la hoja de ruta europea en este ámbito tan crucial.

En este orden de cosas, el borrador del Acuerdo *Privacy Shield* muestra notables mejoras en relación al *Safe Harbour*, incluyendo la participación por primera vez en las negociaciones del Departamento de Justicia estadounidense y de la Oficina del Director Nacional de Inteligencia.

En el mismo sentido, el art. 45 del nuevo Reglamento europeo aportará nuevos requerimientos para la transferencia de datos basado en una decisión ajustada a Derecho.

Se recuerda que la regulación contenida en este Reglamento afecta a operadores establecidos y no establecidos en territorio de la UE, siempre que sus actividades estén relacionadas con la oferta de bienes y servicios de personas físicas en la UE o en la supervisión su comportamiento, lo que, en palabras del Supervisor, viene a significar que la UE no discrimina por razón de la nacionalidad.

Las equivalencias imprescindibles o esenciales tienen que ser cubiertas o atendidas en este nuevo *Privacy Shield* para un correcto cumplimiento de las reglas entre ambas partes y sus legislaciones respectivas.

La citada COM/2016/0117 final se hace eco, sin mención expresa, del momento importante que atraviesan las negociaciones de un acuerdo de libre comercio transatlántico que podría propiciar una fuerte inversión en la UE, dando por sentado que cualquier negociación de acuerdos de transferencia de datos entre EEUU y la UE debe robustecer el respeto a las libertades y los derechos fundamentales de las personas.

Por su parte el Borrador del Acuerdo *Privacy Shield* adolece, así mismo, de detalles sustantivos sobre los principios fundamentales de la retención y procesamiento de datos debiendo, en opinión de la Autoridad Europea, mejorar el tratamiento del derecho al acceso y al objeto.

Como contrapartidas se alude a la seguridad nacional, el cumplimiento de la ley y los intereses públicos pero las bases legales de las mismas deberían ser más precisas; hallarse más definidas y clarificadas.

La propia Corte europea ha demandado, en su reiterada jurisprudencia, una aplicación que no interfiera en los derechos fundamentales⁴⁶⁷.

Es cierto que la legislación norteamericana se está moviendo para facilitar un acercamiento en el tratamiento de los datos y las transferencias, como demostraría la revisión de la sección 702 de la ley FISA⁴⁶⁸ anunciada para 2017 y finalmente firmada en 2018 por el Presidente TRUMP⁴⁶⁹.

En este punto la Comisión Europea, mediante un comunicado de prensa, recuerda que el TFTP⁴⁷⁰ o acuerdo para procesar y transferir datos financieros ha constituido un precedente, en particular cuando requiere una autorización judicial ante ciertas peticiones de las autoridades norteamericanas. Por lo tanto, preocupa las diferentes categorías de datos personales que serán procesados por las autoridades estadounidenses.

Dos aspectos resaltan en este documento:

- a) La prohibición de conservar datos personales por más tiempo del preciso.

⁴⁶⁷ Una muestra de esta jurisprudencia será objeto de detallada análisis en el epígrafe 3.3.1: STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por la High Court — Irlanda) — Maximillian Schrems / Data Protection Commissioner, (Asunto C-362/14).

⁴⁶⁸ *The Foreign Intelligence Surveillance Act* o Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera fue promulgada en 1978 bajo la Administración Carter y ha sido objeto de diversas reformas siendo las de mayor controversia las acontecidas desde el 11-S. A grandes rasgos determina los procedimientos de vigilancia física y electrónica de ciudadanos estadounidenses y potencias extranjeras sospechas de terrorismo.

⁴⁶⁹ Agencia EFE: “Trump renueva por 6 años el programa de espionaje a extranjeros en internet”, 20-1-18, disponible en <https://www.efe.com/efe/america/ame-hispanos/trump-renueva-por-6-anos-el-programa-de-espionaje-a-extranjeros-en-internet/20000034-3498184> (último acceso 18-9-19).

⁴⁷⁰ Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, respecto de los orígenes y relaciones entre las legislaciones europea y norteamericana puede consultarse el Comunicado de prensa de la Comisión Europea de fecha 27-11-13 emitido en Bruselas y disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1160_es.htm, (último acceso 26-11-18). En el mismo se constata, visto con la perspectiva actual, un cambio de criterio por parte de la Comisión y por ende de la UE, sobre el valor de los datos de la información financiera entre EEUU y la UE en materia de lucha contra el terrorismo y la forma en que esos datos pueden usarse. Precisamente sostenemos que tras la promulgación de FATCA la posición de la Unión Europea sufre un vuelco sustancial.

- b) La limitación de la información al propósito estricto para el que fue recopilada.

Ese propósito ha de ser definido previamente y tiene sus limitaciones; el material periodístico está exento de los requerimientos del *Privacy Shield* en la difícil tesitura de la defensa de la protección de datos frente al derecho a la libertad de expresión.

La legislación federal y estatal norteamericana deberían permitir el acceso a los objetivos de interés público además de la seguridad nacional y el cumplimiento de la Ley.

Por su parte el Acuerdo debería incluir una mención a los compromisos internacionales en la materia de transferencia de datos procesados con fines comerciales por parte autoridades públicas.

- B. Por otra parte, el Supervisor Europeo ha expresado su apoyo al *Umbrella Agreement* y ha recomendado algunos cambios esenciales que le permitan constituirse como un referente global para compartir información sobre datos personales en el marco del cumplimiento legal. Apuesta así por incrementar así la cooperación entre los dos socios estratégicos.

Giovanni BUTTARELLI, como primera autoridad del SEPD, ha señalado que en la globalización los gobiernos están abocados a colaborar combatiendo delitos y que ello implica combatir información relevante, precisando en este sentido que el *Umbrella Agreement* puede constituir un nuevo estándar internacional, siempre que respete la regulación europea y en particular la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

La introducción de salvaguardas efectivas por ambas partes se saluda como un notable avance que permite entre otros adaptar esta nueva legislación tras la sentencia del Caso SCHREMS, que abordaremos posteriormente.

Los ámbitos que despiertan mayor preocupación son el control judicial efectivo en el proceso de intercambio de datos y el volumen de los datos sensibles, aspectos ambos que se extienden a ciudadanos no nacionales de la UE.

El Comisionado concluye que este acuerdo mostrará como la UE puede liderar reforzamiento del derecho a la privacidad y la protección de datos personales⁴⁷¹.

C. Algunas orientaciones y criterios sobre el contenido y de la forma de procesar datos por parte del Supervisor Europeo de Protección de Datos la encontramos en su página web⁴⁷². Esta hace alusión a información que deben aportar particulares y empresas en relación a la implementación del presupuesto del Supervisor. En la misma se especifica que las transferencias y pagos quedan sujetos a control y revisión. Los datos usados se consideran datos personales que pueden emplearse, total o parcialmente, y que incluyen lo siguiente:

1. Nombre y apellidos;
2. Nacionalidad, título, función y género;
3. Datos de contacto: email, teléfono corporativo de contacto, dirección postal de empresa país de residencia y pagina web);

⁴⁷¹ Téngase en cuenta al respecto el tenor del art.25 del Reglamento 45/2001 que disponía:

“1. El responsable del tratamiento notificará previamente al responsable de la protección de datos toda operación de tratamiento o serie de tales operaciones previstas para un objetivo único o para varios objetivos relacionados entre sí.

2. La notificación facilitada comprenderá:

- a) el nombre y la dirección del responsable del tratamiento y una indicación de los servicios de una institución u organismo encargados del tratamiento de datos personales para un fin particular;
- b) el o los objetivos del tratamiento;
- c) una descripción de la categoría o categorías de interesados y de los datos o categorías de datos a que se refiere el tratamiento;
- d) el fundamento jurídico del tratamiento al que van destinados los datos;
- e) los destinatarios o categorías de destinatarios a los que se pueden comunicar los datos;
- f) una indicación general de los plazos establecidos para el bloqueo y la supresión de las diferentes categorías de datos;
- g) las transmisiones de datos previstas a terceros países o a organizaciones internacionales;
- h) una descripción general que permita evaluar de modo preliminar si las medidas adoptadas en aplicación del artículo.”

⁴⁷²SEPD: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-data-protection-supervisor_es. La estructura y diseño de la misma presenta una estudiada simplicidad, que agrupa perfectamente por temas y preguntas las cuestiones más relevantes que particulares y empresas pueden afrontar sobre el marco europeo de protección de datos.

4. Número de cuenta (códigos IBAN y BIC), número de la seguridad social, número de pasaporte, número de identificación y número personal;
5. Lugar y fecha de nacimiento;
6. Otros datos personales contenidos en el currículum en ciertos casos.

Como puede verse, se trata de conjunto de datos muy consistente, que no deja lugar a dudas de la identidad y cualidad del futuro proveedor del SEPD como órgano de la UE. Constatamos que el listón identificativo es alto, si bien, no todos los ciudadanos y empresas mantienen relaciones comerciales con la propia UE; en cualquier caso, se trata de un catálogo de datos a considerar y que presenta notables similitudes con las contenidas en otras iniciativas legislativas que tratamos en este trabajo⁴⁷³.

D. Probablemente la mayor analogía en la regulación sectorial de la protección de datos se produce en la Opinión⁴⁷⁴ publicada el 4 de julio que aborda comentarios específicos emitidos por el Supervisor Europeo a raíz de la entonces propuesta de Directiva⁴⁷⁵ contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Como ya hemos aclarado⁴⁷⁶, esta Directiva se aplicaba al sector financiero (instituciones financieras y crediticias) así como a abogados, notarios, casinos, agentes de la propiedad inmobiliaria, entre otros.

En la citada Opinión se lleva a cabo un recordatorio sobre la defensa de los derechos de los ciudadanos en la UE señalando que esta protección no tiene parangón con el resto de países del mundo que forman parte del GAFI y han

⁴⁷³ Nos estamos refiriendo, esencialmente, a los datos a obtener de los clientes para el cumplimiento de FATCA y CRS.

⁴⁷⁴ Opinión del SEPD de 4-7-13 https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2013/13-07-04_Money_laundering_EN.pdf, (último acceso 19-12-16).

⁴⁷⁵ Nos estamos refiriendo a la que después fue la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

⁴⁷⁶ Véase nuestro apartado 1.2.4.3.2 El Blanqueo de capitales en la legislación española.

generado la normativa anti blanqueo. Por lo tanto, a la luz del art. 16 del TFUE y del art. 8 del Carta Fundamental de los Derechos Fundamentales de la Unión, debe concederse a estos derechos el tratamiento y la consideración que poseen, pese a la importante motivación que mueve a esta legislación contra el crimen.

Una de las mayores preocupaciones entonces (y ahora con la aplicación de CRS) en el ámbito de la Unión, consiste en la información adecuada al cliente en el momento de la recogida de datos, sobre la finalidad de los mismos y su procesamiento. Este aspecto es absolutamente decisivo de cara a ejercer el derecho a la rectificación. Esta comunicación al cliente se reitera vital para la completa protección de sus derechos, considerando a su vez el considerable volumen de información relacionada en este proceso.

La visión que trasluce la normativa europea es que la protección de datos no debe percibirse como un obstáculo en la aplicación de esta legislación antiblanqueo, sino, por el contrario, como una garantía de la correcta aplicación de la misma.

El Supervisor percibe problemas a la hora de compartir información entre las diferentes Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), lo que por extensión podría (pero aún no se ha producido pronunciamiento expreso) extrapolarse a la comunicación entre Autoridades Tributarias nacionales de información transfronterizo sobre no residentes. Está contemplado en la Cuarta Directiva⁴⁷⁷ el intercambio de información de datos personales entre supervisores competentes como EBA, EIOPA o ESMA, así como entre las citadas Unidades de Inteligencia Financiera y la Comisión.

Precisamente el Supervisor reclama una concreción sobre la naturaleza y composición de estas UIF en cada Estado miembro, apostando por una caracterización diferente a las tareas judiciales y/o policiales, tendiendo hacia el cumplimiento legal.

La base legal para esta identificación debe sustentarse en el art. 114 del TFUE sobre el mercado interno y no tanto sobre la cooperación policial recogida en el art. 87. Además se conmina a respetar la compatibilidad entre la lucha contra el blanqueo de capitales y la protección de los datos personales.

⁴⁷⁷ Directiva 2015/849, véase nuestro apartado al respecto 2.3.3 El marco normativo de FATCA y CRS en España (pp.288 y ss.).

El Supervisor sostiene que las referencias de los memorandos explicativos no tienen el efecto de incluir a la lucha contra el fraude y la evasión fiscal entre los objetivos del procesamiento de datos sujeto a esta Propuesta. De esta afirmación podría colegirse, al mencionar a la evasión fiscal, que las herramientas posteriores surgidas en el seno de la UE están relacionadas con este mismo razonamiento. Esto nos lleva a concluir que CRS necesita una regulación y una mención expresa para poder transmitir datos entre instituciones financieras y autoridades tributarias, así como entre estas entre sí⁴⁷⁸.

Podría discutirse si dentro de ese cumplimiento legal estamos incluyendo las normas tributarias propias pero no veríamos cubierto el intercambio internacional de información de ciudadanos no residentes y hasta cierto punto, siguiendo esta línea argumental del SEPD, se adolecería de una base legal para el mismo si este proviene entre empresas y Estados (art. 25 y 26 de la Directiva 95/46) que se hallaran en este caso cubiertos por la normativa nacional (LGT). En nuestra opinión, el propio AMAC de 2014 sería base legal suficiente para el intercambio de información entre los Estados firmantes, entre otras razones, por contener los postulados necesarios de todo tratado internacional y su encaje normativo interno.

Otro de los bloques que preocupa al Supervisor atañe al periodo de retención de datos en esta propuesta de Directiva y que extrapolamos al CRS. El art. 39 fijaba en cinco años ese periodo después de que la relación comercial entre entidad y cliente hubiese finalizado. El periodo se extiende a diez años si fuese necesario al objeto de investigar el blanqueo y la financiación del terrorismo. Ese periodo de diez años puede considerarse demasiado amplio y debería ceñirse tan solo a situaciones excepcionales y casos justificados. Sin duda conjugar este plazo con el de la legislación sobre blanqueo de capitales será motivo de conflicto entre ciudadanos y Estados. En todo caso, se actuará analizando caso a caso en estas situaciones especiales y habrá que considerar la jurisprudencia del TJUE al respecto⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ En efecto para un correcto anclaje jurídico la normativa española de desarrollo de CRS (así como la originaria de OCDE y UE) ha incluido menciones a la protección de datos y exige la comunicación al cliente de que estos pueden ser transmitidos (una vez obtenidos) a las autoridades tributarias correspondientes. FATCA, por su parte, adolece de estas advertencias o menciones al cliente de una entidad financiera obligada a recopilar la información. Hemos insistido en ello en nuestro apartado 2.3.3 El marco normativo de FATCA y CRS en España.

⁴⁷⁹ Al respecto de los derechos fundamentales, el habeas corpus, y los derechos de los detenidos por terrorismo, singularmente tras el 11-S, resulta muy esclarecedor el artículo de CARRASCO DURÁN, M.: “Las garantías procesales en caso de terrorismo: distintos modelos en perspectiva comparada” REDCE,

En los posteriores comentarios específicos percibimos una idea central: los postulados de las obligaciones anti blanqueo de capitales son de naturaleza altamente intrusiva, lo que conlleva que cualquier restricción en el ámbito de la protección de datos haya de ser claramente delimitado por la citada Directiva. Cualquier limitación de los derechos fundamentales del individuo (por supuesto la protección de datos inclusive) deberá ser proporcionada y justificada.

El Supervisor considera que el elemento central en los derechos de protección de datos lo constituye el derecho de acceso (art. 8 Carta Derechos y Libertades fundamentales de la UE⁴⁸⁰). Oportunamente se insiste en la necesidad de regular la obligación de una institución financiera ante el cliente, informándole de los términos y condiciones que rigen en esa relación entre cliente y proveedor.

Entiende este regulador que el art. 38 de la mencionada Directiva no contendría las garantías necesarias para salvaguardar los derechos de los clientes en relación al citado derecho de acceso. De hecho, el conocido como “Informe sobre Operaciones Sospechosas” sería demasiado amplio e inconcreto, entendiéndose que habría que acotar temporalmente su capacidad, sobre todo porque esto supondría conocer el estado en que las investigaciones derivadas de tales Informes se encuentran, lo cual es del todo imposible. No obstante, se recomienda que las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) comuniquen a las instituciones financieras obligadas aquellos casos en los que un informe sea seguido de una investigación. Sin embargo, concretar y especificar detalles de condiciones bajo las cuales estos derechos puedan ser limitados no deja de ser una mera recomendación.

núm. 27, enero-junio 2017, disponible en http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/01_CARRASCO.htm, (último acceso 25-9-19). El autor, en opinión que suscribimos, apuesta por la prevención del riesgo del terrorismo, frente a la medidas estatales arbitrarias, apostando por la viabilidad de una acción conjunta multilateral e invirtiendo recursos a priori para tratar de neutralizar el crecimiento de cierto terrorismo *ab initio*.

⁴⁸⁰ Artículo 8

Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

De cara a cumplir con la diligencia debida de clientes, se recomienda el uso de plantillas o modelos que incluyan una serie de preguntas que alumbren y faciliten la comprensión de la información sensible que se va a facilitar por el cliente, que se dispone a abrir una cuenta. Debe considerarse, así mismo, que de la cumplimentación correcta de esta diligencia depende, en gran medida, que las personas puedan abrir cuentas bancarias y entablar relaciones comerciales, asunto en absoluto baladí.

Se recuerda la confidencialidad y la formación necesaria que habrá de facilitarse a los empleados de las instituciones financieras que manejan los datos del ámbito de esta Cuarta Directiva.

Sobre la cooperación e intercambio de información entre Autoridades (art. 48 a 54 de la Directiva), la vía informática es, lógicamente, la preferida para estos trámites creándose el dominio “*FIU.net*” con tal fin, debiendo reforzarse por las últimas tecnologías. Estas permiten confrontar anónimamente la información compartida entre diversas Unidades de Inteligencia Financiera sin afectar, inicialmente, a la protección de datos personales.

Una garantía de esta afectación de los datos se sustancia en el tenor del art.52 que restringe a las propias UIF la utilización e intercambio de datos recopilados en el ejercicio de sus funciones.

Nos sorprende que el SEPD cuestionase el número de identidad nacional como dato a aportar en las instituciones financieras. Para ello aducía la Directiva 95/46 en su art. 8.7, habida cuenta de la existencia de casos donde este número no siempre puede ser recopilado u obtenido. Sin embargo un dato no menos relevante es la verificación de la identidad de cliente, como dato crucial en situaciones relativas al blanqueo de capitales, en las cuales la ocultación de la identidad juega un papel destacadísimo.

3.2.2.3 Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016. (Reglamento General de Protección de Datos)

Se trata del último texto, hasta el momento, que trata la materia desarrollada en este capítulo. Como su propio nombre indica, versa sobre la protección de las personas

físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y libre circulación de estos, derogando la Directiva 95/46/CE como uno de sus aspectos más relevantes⁴⁸¹.

El texto, que ha conllevado varios años de tramitación, entronca con la actualización general que la UE ha propiciado en 2016 sobre la protección de datos. De una parte, mediante la aprobación de la Directiva 2016/680 de 27 de abril sobre protección de datos de personas físicas respecto del tratamiento de datos personal por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales. De otra, a través de la adopción de la controvertida Directiva 2016/681 de 27 de abril relativa a la utilización de datos del registro de nombres de pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y delincuencia grave.

Al derogar y sustituir a la Directiva de 1995 puede afirmarse que el nuevo Reglamento se configura como el mayor hito europeo en la materia de los últimos veinte años⁴⁸².

Regula en su art. 17 el derecho de supresión conocido como derecho al olvido y que tiene su origen en la jurisprudencia del TJUE sobre el Caso *Google Spain*, cuyo estudio desarrollamos en el apartado 3.3.2 de este mismo capítulo.

Por su aplicabilidad directa resulta de obligado cumplimiento desde el 25 de mayo de 2018, plazo que aporta una idea de la complejidad y de los retos que su implantación acarrea para los Estados Miembros (art.94.1 y art. 99.2)⁴⁸³.

⁴⁸¹ MAYOR GÓMEZ, R.: “Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016). *Gabilex* núm. 6, junio 2016, disponible en www.gabilex.jccm.es, (último acceso 18-9-19). Así mismo resulta clarificador el apartado correspondiente al Reglamento insertado en la web de la Agencia Española de Protección de Datos: <https://www.aepd.es/reglamento/derechos/index.html> (último acceso 18-9-19).

⁴⁸² Una norma de este calado y complejidad ha supuesto un auténtico terremoto legislativo por las técnicas que incorpora y la dificultad de añadir al acervo comunitario sus postulados. Sus remisiones a conceptos jurídicos indeterminados hacen difícil su comprensión y aplicación. En tal sentido puede leerse a LOPEZ CALVO, J.: “Un Reglamento poliédrico que necesita un acercamiento poliédrico” en *Diario La Ley*, núm.17, Sección Ciberderecho, Ed. Wolters Kluwer, 3-5-18. En este artículo se defiende que el sistema anglosajón del *common law*, basado en la configuración del derecho a través de la interpretación de los tribunales, prevalece en este Reglamento frente a la actuación de un regulador “omnisciente que anticipe y regule la totalidad de situaciones concretas” a futuro.

⁴⁸³ A este particular resulta de interés la noticia publicada en diario *El Economista* sobre un expediente sancionador de la Comisión abierto a España por la demora en aplicar la nueva normativa europea sobre protección de datos, disponible en <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/10011902/07/19/Bruselas-lleva-a-Espana-al-TJUE-por->

El ámbito subjetivo del Reglamento impacta sobre empresas y profesionales a los que exige una notable función de ámbitos internos y operativos para adaptarse a la norma. Destacamos la aparición de la figura del Delegado de Protección de Datos en las empresas, que habrá de ostentar alto rango de responsabilidad. Sus obligaciones en casos de violación de seguridad, así como la realización obligatoria de evaluaciones de impacto de privacidad (PIAS, por sus siglas en inglés) para desarrollo de nuevos productos y servicios vertebran las tareas encomendadas a este Delegado de nuevo cuño.

El ámbito espacial del Reglamento viene a consolidar la idea europea de extender un marco regulatorio a todas las empresas sean o no personas jurídicas nacionales de la UE, que realicen actividades dentro de la UE. De esta manera, todas estas empresas se ven compelidas a tratar de manera unívoca datos personales, aunque las mismas no estén radicadas físicamente en territorio comunitario.

El nuevo régimen sancionador (art. 83) eleva sustancialmente los importes de las multas, pudiendo alcanzar un 4% del volumen de negocio total anual global de ejercicio financiero anterior o bien hasta veinte millones de euros. La sanción ha de optar por la mayor entre ambas cifras.

Partiendo de la protección conferida por el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁴⁸⁴ a las personas físicas, en relación al tratamiento de sus datos personales, el Reglamento debe aplicarse a tales personas físicas (no a las jurídicas) independientemente de su nacionalidad o su lugar de residencia en relación con el tratamiento de sus datos personales. El ámbito competencial del nuevo texto excluye expresamente las actividades relativas a la seguridad nacional, la política exterior y la seguridad común de la Unión⁴⁸⁵.

incumplir-con-la-normativa-de-proteccion-de-datos-y-propone-una-multa-de-mas-de-53-millones.html (último acceso 30-9-19). De tal suerte, ha sido necesario, en aras de una mayor seguridad jurídica, promulgar la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales. BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018.

⁴⁸⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la UE proclamada el 7-12-00 (versión revisada en 2016) en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=ES>, (último acceso 22-12-16).

⁴⁸⁵ En tal sentido son válidas (y extensibles) nuestras apreciaciones vertidas a propósito del Reglamento CE 45/2001, en el epígrafe 3.2.2.2 de este capítulo. Al tiempo debe considerarse que el TJUE, al examinar los derechos fundamentales, ha contribuido a elevar los niveles de protección de estos derechos de tal suerte que se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los

Para establecer un marco común coherente, el Reglamento 45/2001, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, debe adaptarse e interpretarse a la luz de este nuevo texto.

A nuestro entender, uno de los criterios de mayor relevancia radica en la no aplicación de este nuevo texto para personas físicas que actúan exclusivamente en “una actividad personal o doméstica” sin conexión con una actividad profesional o comercial, lo que incluye redes sociales o correspondencia. Por el contrario, el Reglamento si resulta de aplicación sobre los responsables del tratamiento de tales datos personales (actividades domésticas y personales). Un dato no menos importante es que el Reglamento no es de aplicación a los datos personales de personas fallecidas, dejando en manos de los Estados Miembros la protección que debe dispensarse a estos supuestos.

El punto que mayor interés nos despierta esta regulación surge al abordar como han de tratar los datos personales, en virtud de obligación legal, las Unidades de Investigación Financiera, autoridades administrativas independientes, los órganos de supervisión de mercados o valores. En estas situaciones el tratamiento de dichos datos por tales autoridades públicas debe atender a la finalidad que su uso persigue. La norma europea analizada exige, adicionalmente, que la solicitud de comunicación se realice por escrito y sea motivada, tal y como recoge el Considerando 31⁴⁸⁶ de este nuevo Reglamento, aspecto que debemos conectar con la aseveración de un tratamiento lícito y legal de estos datos (Considerando 39). El principio de transparencia debe pues presidir toda

instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, en especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia podrá aplicar e interpretar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, a la cual el Tratado de Lisboa otorga el mismo valor jurídico que a los Tratados. Esta argumentación deriva de la web del TJUE disponible en https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/es/ (último acceso 27-9-19).

⁴⁸⁶ Reglamento General de Protección de Datos 2016/679. Considerando 31:

“Las autoridades públicas a las que se comunican datos personales en virtud de una obligación legal para el ejercicio de su misión oficial, como las autoridades fiscales y aduaneras, las unidades de investigación financiera, las autoridades administrativas independientes o los organismos de supervisión de los mercados financieros encargados de la reglamentación y supervisión de los mercados de valores, no deben considerarse destinatarios de datos si reciben datos personales que son necesarios para llevar a cabo una investigación concreta de interés general, de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. Las solicitudes de comunicación de las autoridades públicas siempre deben presentarse por escrito, de forma motivada y con carácter ocasional, y no deben referirse a la totalidad de un fichero ni dar lugar a la interconexión de varios ficheros. El tratamiento de datos personales por dichas autoridades públicas debe ser conforme con la normativa en materia de protección de datos que sea de aplicación en función de la finalidad del tratamiento.”

comunicación efectiva sobre esta información. Esto exige el consentimiento del interesado sobre el tratamiento de sus datos y la consiguiente trazabilidad del mismo (art. 5.1).

En términos generales podríamos concluir que los datos personales que CRS y FATCA recopilan respecto de los clientes de una IF (datos personales y financieros) ya muestran suficiente respaldo legal por las normativas de protección de datos y los ficheros intercambiados con la AEAT a efectos de saldos, rendimientos y retenciones.

Los Considerandos 111 y especialmente el 112 vienen a corroborar el carácter excepcional de estos “intercambios internacionales de datos entre administraciones fiscales” siempre que se atienda al interés público, establecido en el Derecho de la Unión, circunstancia que apostilla el art.6 (y reafirma el art. 23.1.e) al tratar la licitud del tratamiento de datos amparados en una base jurídica para dos casos especiales:

- a) Tratamiento necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento (institución financiera y autoridad tributaria);
- b) Tratamiento necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de los poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

Estos párrafos garantizan, al menos en el marco de aplicación del derecho de la UE, el razonamiento previo sobre la protección de datos intercambiados entre Instituciones Financieras y Autoridades Tributarias.

El contenido del art. 86⁴⁸⁷ viene a subrayar lo anteriormente expresado, despejando, en nuestra opinión, las dudas sobre el tratamiento y acceso público a documentos oficiales y la protección de datos con el “interés público” de una misión como base de tales accesos y protección; por consiguiente, a la luz de este artículo, el tratamiento e intercambio de datos personales (para uso tributario u otros) debe ser analizado con el interés público

⁴⁸⁷ Art. 86: Tratamiento y acceso del público a documentos oficiales.

“Los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública o u organismo público o una entidad privada para la realización de una misión en interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento.”

como criterio básico y dándose este, permitir tal intercambio sujeto, siempre, a los procedimientos de garantía que el Reglamento establece.

Resulta especialmente significativo a los efectos de nuestra materia internacional y tributaria el art. 87, dedicado al tratamiento del número nacional de identificación “o cualquier otro medio de carácter general”. Resulta evidente que el número (*tax identification number*, TIN) está presente en la mente del legislador, como lo está el intercambio automático de datos tributarios y, por ende, personales.

El capítulo V aborda el asunto de las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales. Sería el caso de países como EEUU o de ciertos países de la OCDE. En cualquier caso, para la transferencia de datos (entiéndase intercambio en nuestro caso, CRS y FATCA) se evaluará la adecuación que tales datos reciben del Estado u organización receptora, partiendo de algunos principios básicos exigibles como Estado de Derecho garante de libertades fundamentales y derechos humanos, el funcionamiento efectivo de autoridades de control independientes y el compromiso internacional en la participación de sistemas multilaterales vinculantes (art.45.2). Para despejar dudas, la Comisión se compromete a publicar, en su web, un listado de terceros Estados y jurisdicciones, así como organizaciones internacionales respecto de los cuales haya revisado que garantizan adecuadamente la protección según los estándares de la UE⁴⁸⁸.

Al hilo del párrafo anterior, se desprenden algunas conclusiones de un interesante documento que permite observar el parecer del ya mencionado Grupo de Trabajo del artículo 29 (creado por auspicios de la Directiva 95/46 como un grupo europeo independiente de consulta sobre protección de datos y privacidad). En efecto nos referimos a la Carta (de ocho de febrero de 2018) que la presidenta del Grupo dirige, en contestación a una misiva anterior, al Sr. RYAN, como representante de un denominado colectivo europeo de “americanos accidentales”.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ La primera de estas publicaciones aún no ha tenido lugar, habida cuenta de que el plazo para la aplicación del mismo era mayo de 2018 indicando el art 97 que los Informes de la Comisión se producirán “a más tardar el 25 de mayo de 2020”.

⁴⁸⁹

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwis6I_369jeAhUqAsAKHZ9ADu8QFjAAegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fnewsroom%2Farticle29%2Fdocument.cfm%3Fdoc_id%3D49770&usg=AOvVaw32NyU2ZTys5m6hnD06KAW, (último acceso 16-11-18).

Nos encontramos en una zona de intersección entre la materia de protección de datos y FATCA. En esta ocasión, se dilucida una definición acerca del concepto de contribuyente norteamericano, aspecto sobre el que ya nos hemos pronunciado en los capítulos I y II de este trabajo.

La presidenta Isabelle FALQUE-PIERROTIN señala que tal concepto y su interpretación no es labor del Grupo 29. El trabajo de este colectivo se centra en asesorar, buscando asegurar el cumplimiento de los principios básicos de la protección de datos en la UE, no pudiendo, por lo tanto, comentar el enfoque de FATCA en sí mismo. Sin embargo, sí está en condiciones de afirmar que el RGPD contiene el principio de trazabilidad que permite controlar la gestión de los datos de todos los ciudadanos de la Unión, incluidos los “americanos accidentales”, entre otras razones, porque proporciona a las Autoridades nacionales de datos poderes regulatorios para asegurar el control de sus obligaciones.

Es significativo como estos norteamericanos residentes en la UE apelan a la protección del art. 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales alegando la posible incompatibilidad de la norma tributaria norteamericana frente al marco protector europeo⁴⁹⁰. En concreto, el colectivo interroga al Grupo 29 por las medidas arbitradas por este de cara a la protección de datos incluidos en el intercambio automático que propicia FATCA así como sobre la (posible) colusión de derechos que ambas normativas pueden generar.

La respuesta final de este documento asegura que ya incluso en los Acuerdos Intergubernamentales firmados (2013)⁴⁹¹ entre los países europeos del G5 y EEUU, se incluían las garantías que entonces imponía la regulación europea al respecto, contenida en la Directiva 95/46 (en concreto art. 25 y 26), hoy reforzadas por el RGPD. Esas garantías o principios generales incluyen proporcionalidad, transparencia, seguridad y limitación a la necesidad de almacenamiento de los datos.

⁴⁹⁰ Aunque jurídicamente apelan a una protección que les corresponde no deja de sorprendernos como algunos norteamericanos (en ocasiones instancias gubernamentales) no aplican un igual rasero cuando se trata del caso de ciudadanos de otros países apelando a derechos fundamentales en territorio estadounidense.

⁴⁹¹ Puede consultarse al respecto de la génesis de los citados IGA el capítulo II de esta tesis, en su apartado 2.

Adicionalmente, la respuesta insiste en la inclusión en los citados IGA de bases legales para el procesamiento de datos de ciudadanos nacionales americanos afectados por FATCA y completa el repaso de garantías aseverando la capacidad de las Autoridades europeas en la protección de datos sobre el régimen y las obligaciones derivadas de FATCA. Por tanto, concluye, no solo que no hay vulneración de derechos, sino que se alinean ambas legislaciones son concordantes, de manera que se produce una constante revisión de la regulación de origen norteamericano, especialmente en lo referido a las personas físicas.

Y en efecto, podemos corroborar como el sector bancario español, una vez adaptado a las exigencias FATCA (y posteriormente CRS) hubo de revisar cláusulas contractuales, fichas y documentación para sus clientes, de cara a poder adaptar y cumplir a su vez con el potente y ambicioso Reglamento Europeo.

Por otra parte, y continuando con el análisis del Reglamento, el mecanismo jurídico regulador de esas garantías se desarrolla en el art.46, destacando instrumentos jurídicos vinculantes, normas corporativas vinculantes (para casos de empresas cuyos datos sean objeto de transferencia) y códigos de conducta.

A nuestro juicio sin embargo el art.48 resulta inequívoco⁴⁹² al afirmar que una sentencia o decisión de autoridad administrativa de un tercer país que exija transferencia de datos personales, será tan solo reconocida o ejecutable si se encuentra basada en un acuerdo internacional, caso de un tratado de asistencia jurídica mutua bien entre ese Estado y otro de la UE o con la propia UE. De nuevo, el mecanismo convencional del Derecho Internacional Público auxilia y contribuye a la cooperación internacional, ensalzando y priorizando el objetivo fundamental: el intercambio de datos para evitar que la protección resulte un parapeto donde el ciudadano se escude para incumplir sus obligaciones legales. El art. 50 viene a apostillar todo lo dicho anteriormente al dedicar expresamente su contenido a la cooperación internacional en el ámbito de la protección de datos personales.

⁴⁹² Art. 48: Transferencias o comunicaciones no autorizadas por el Derecho de la Unión.

“Cualquier sentencia de un órgano jurisdiccional o decisión de una autoridad administrativa de un tercer país que exijan que un responsable o encargado del tratamiento transfiera o comunique datos personales únicamente será reconocida o ejecutable en cualquier modo si se basa en un acuerdo internacional, como un tratado de asistencia jurídica mutua, vigente entre el país tercero requirente y la Unión o un Estado miembro, sin perjuicio de otros motivos para la transferencia al amparo del presente capítulo.”

La configuración de una Autoridad de Control independiente en cada país garantiza la correcta aplicación de estos procedimientos (capítulo VI, art. 51 y ss.). La cooperación entre autoridades de control interesadas se consagra en el art. 60, con lo que deja de ser una aspiración para convertirse en obligación de actuación, llegándose a imponer el deber de una asistencia mutua (deber de cooperación) entre estas autoridades abarcando solicitudes de información, medidas de control, inspecciones e investigaciones. Las autoridades no podrán negarse a responder a una solicitud por la que, además, no se cobrará tasa alguna a la contra parte. Está previsto incluso el mecanismo de una cooperación conjunta en el art. 62.

En prueba de la relevancia de los procesos anteriormente descritos se crea el Comité Europeo de Protección de Datos, regulado desde el art. 68 y siguientes. Dicho Comité estará compuesto por el director de cada autoridad de control de los Estados miembros, así como el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), con el mandato esencial de garantizar y supervisar la correcta aplicación de este Reglamento y los procesos descritos.

Por último, pero no menos importante, en la parte final del Reglamento se prevé un sistema de sanciones en caso de incumplimiento junto a la tutela judicial efectiva, contra una autoridad de control, es decir, una garantía en caso de que los procedimientos administrativos se incumplan o vulneren los derechos fundamentales de las personas cuyos datos sean objeto de intercambio (art.78).

Innovador y de mayor complejidad técnica nos resulta el tenor literal del art. 82, que insta la posibilidad de indemnización por daños y perjuicios en caso de daños “materiales e inmateriales”, siempre que se produzca infracción reglamentaria por parte del responsable del tratamiento.

Como colofón, el art. 85 codifica la necesaria conciliación entre protección de datos y libertad de expresión e información, imponiendo a los Estados miembros la obligación de regular “por Ley” tal conciliación. Los fines mencionados no son solo financieros sino también periodísticos, académicos, literarios y artísticos.

La obligación de secreto por parte de las autoridades nacionales de control se regula en el art.90 como una posibilidad de adopción de medidas específicas al respecto y siempre

que se concilie el derecho a la protección de datos personales con la obligación de secreto para los responsables o encargados del tratamiento de los mismos.

Por su parte el art. 95 del Reglamento no impone nuevas obligaciones sobre personas físicas o jurídicas (por primera vez las trata aquí) al abordar el tratamiento de los servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la UE, especialmente tratados por la Directiva 2002/58/CE⁴⁹³.

Parece por lo tanto plausible deducir la validez de los acuerdos internacionales que implican transferencia de datos personales (entre los que destacamos FATCA y CRS); no obstante, para despejar cualquier duda, el art. 96 certifica y acota que los textos celebrados antes del 24 de mayo de 2016 seguirán en vigor hasta su sustitución o revocación.

De conformidad con todo lo expuesto y a modo de conclusión resulta inequívoca la consecución, mediante este Reglamento, de un potente marco europeo de protección de los datos personales (en tanto que derechos fundamentales). La profundidad, y en algunos casos la audacia del texto, supera con creces lo regulado en nuestro continente hasta la fecha y podría obedecer, hasta cierto punto, a una tardía pero deseable comprensión por parte del legislador europeo sobre la importancia del envite en materia de derechos y muy especialmente en el mundo digital donde habitamos.

3.2.2.4 El *Swift Agreement*.

El Acuerdo entre la UE y los Estados Unidos de Norteamérica relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de ambos a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo es conocido como *Swift Agreement* y fue firmado el 30 de noviembre de 2009. Se publicó el en Diario Oficial de la UE en 2010⁴⁹⁴ y fue suspendido en octubre de 2013, tras las revelaciones que el agente

⁴⁹³ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, conocida como Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

⁴⁹⁴ Diario Oficial núm. L 008 de 13-10-10, p 0011-0016 en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:22010A0113\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:22010A0113(01)), (último acceso 19-12-16).

norteamericano Edward SNOWDEN realizó sobre las escuchas que realizaba la Agencia Nacional de Seguridad norteamericana (NSA) en Europa⁴⁹⁵.

A los efectos de esta tesis nos interesa resaltar que el punto de partida del Acuerdo es sumamente interesante ya que conecta la inquietud de sus dos partes firmantes respecto a la necesidad de prevenir y combatir el terrorismo y su financiación entre sociedades democráticas de iguales valores. Queda patente, por tanto, que el objeto material del Acuerdo es “compartir información”. Esa cooperación se enmarca dentro de ámbito transatlántico, pero sin olvidar su encuadre en el marco universal que suponen los Convenios de la ONU para combatir el terrorismo y su financiación, ya referidos o a los que nos referiremos más tarde según proceda.

El Acuerdo asegura que el TFTP o Programa de Seguimiento de la financiación de terrorismo, coordinado por el Departamento del Tesoro de los EEUU, ha dado numerosos frutos en la identificación y captura de terroristas. Destaca la preocupación de las partes por la privacidad y protección de los datos personales y recuerda la posibilidad de que todo ciudadano de cualquier nacionalidad pueda reclamar el ejercicio de sus derechos ante una autoridad independiente así como un juez independiente.

El texto asevera que la legislación de la UE exige que los clientes de las instituciones financieras y de los proveedores de servicios de mensajería sobre pagos sean informados de que sus datos personales contenidos en sus operaciones financieras pueden transmitirse a otras Autoridades de Estados Miembros o de terceros países.

El art.1 fija un doble objetivo para ambas partes:

- a) Que los datos de mensajería financiera sobre pagos y datos conexos en territorio de la UE por proveedores de servicios de mensajería financiera

⁴⁹⁵ Nos remitimos a la siguiente bibliografía para un análisis en mayor profundidad, que escapa del objetivo de esta tesis: SANTOS VARA, J.: “El Acuerdo SWIFT con Estados Unidos: génesis, alcance y consecuencias”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea, Ed. IUSTEL, Madrid, 2012, pp. 355-380.

SANTOS VARA, J.: “La transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos”, Cuaderno de la Cátedra de Seguridad Salmantina, nº 7, 2012, pp. 1-25.

BOSCH MOLINÉ, A.: “La dimensión exterior de EUROPOL desde el punto de vista de la protección de datos. El caso del Acuerdo TFTP). en PI LLORENS, M. y ZAPATER DUQUE, E. (Coords.) La dimensión exterior de las Agencias del espacio de libertad, seguridad y justicia, Ed. Marcial, 2014, PP. 125-159.

internacional de pagos se compartan con el Departamento del Tesoro de EEUU previa petición de este (mecanismo descrito en art.4.1);

- b) En reciprocidad, los EEUU pondrá a disposición de EUROPOL y EUROJUST, así como otros cuerpos y fuerzas de seguridad europeos, datos obtenidos de su programa TFTP.

Por su interés para otros puntos de esta tesis sobre la financiación del terrorismo, destacamos en el art.2.b. Dentro del ámbito de aplicación de este Acuerdo se encuentra no solo la problemática definición de terrorismo (art.2.a), sino también la de que se entiende por financiación, definida como “asistencia, patrocinio o prestación de apoyo financiero, apoyo material, o tecnológico” con el objeto de la perpetración de actos contra la vida humana o la propiedad e infraestructuras.

El art. 5 establece las salvaguardias que el Departamento del Tesoro respetará sobre el tratamiento aplicable a los datos facilitados. Precisamente por la claridad y detalle del art. 5.1 y 2 no acaba de entenderse una nueva insistencia por parte del art. 6 sobre las garantías de privacidad y protección que EEUU dispensará al tratamiento de los datos procedentes de la UE.

El art. 7.1 diseña la entrega espontánea de información desde EEUU a EUROPOL y otros países miembros “cuando sea posible”, ordenando además la designación de un funcionario de enlace de EUROPOL con el Tesoro norteamericano (art.7.2).

Pero tras ese intercambio, de origen espontáneo norteamericano, se regula la solicitud de información por parte de las fuerzas de seguridad europeos a los EEUU utilizando el programa TFTP (art.8).

En lo que a nuestros objetivos se refiere, cabe destacar que no es habitual un Acuerdo internacional una cláusula en previsión de futuros aspectos de cooperación, que aún no se encuentran diseñados o firmados. Es el caso del art.9 sobre cooperación con el futuro sistema equivalente (al TFTP) de la UE. La pretensión (de dudosa técnica jurídica) es legislar un aspecto que no es una realidad en el momento de firmar este Acuerdo: la puesta en marcha por la UE o algunos de sus Estados de un sistema de control sobre mensajería financiera de pagos, es decir, sobre transferencias entre cuentas.

Analizado hoy con perspectiva histórica sabemos que, en cierta medida, la UE hizo uso del art. 10 para la revisión conjunta de la aplicación del contenido del Acuerdo cuando denunció que la falta de privacidad y protección de datos que el Gobierno norteamericano empleaba vulneraba los límites fijados en el Acuerdo. En este caso de nada sirvió el mecanismo de consultas mutuas, previsto por el art. 12.1, para la resolución de controversias debido, en gran medida, a las distorsiones y la magnitud de las revelaciones del espionaje masivo que la NSA llevó a cabo sobre ciudadanos europeos, incluyendo jefes de Estado y Gobierno⁴⁹⁶. La notable merma de confianza dio al traste con el Acuerdo en su totalidad, hasta el extremo de que la UE, invocando el art. 14, suspendió el Acuerdo.

Llegados a este punto resulta ilustrativo realizar un inciso para comprobar, desde un plano evolutivo la promulgación del *MLA Agreement (Mutual Legal Assistance Agreement)* comprobando los avances habidos en cooperación entre Estados Unidos de América y la Unión Europea.

Tras los ataques del 11-S, los EEUU y la UE acordaron mejorar la seguridad y reforzar la cooperación legal. De hecho, los art. 24 a 38 del TFUE permiten al Consejo negociar Tratados internacionales en justicia e interior. Como resultado, en junio de 2003⁴⁹⁷ se firmaron dos acuerdos históricos, ya que fueron los primeros entre ambas partes, que venían a reforzar la cooperación en materia penal y especialmente en el campo de la extradición. Por otra parte, incluían nuevos mecanismos de creación de equipos conjuntos de trabajo e investigación, así como herramientas para la detección de cuentas financieras y transacciones bancarias. Todo ello se llevó a cabo sin perjuicio de los acuerdos bilaterales que cada Estado Miembro de la UE concluyera con esta contraparte en fechas posteriores⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Puede ser ilustrativo, dentro de la prensa europea, el artículo publicado por el diario El País de 30-4-15 haciéndose eco de actuaciones de la NSA, https://elpais.com/internacional/2015/04/30/actualidad/1430392574_182172.html (último acceso 2-3-19).

⁴⁹⁷

<http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?redirect=true&treatyId=5441>, (último acceso 19-12-16).

⁴⁹⁸ <https://leyderecho.org/asistencia-juridica-mutua-en-estados-unidos/> así como <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM%3Ajl0052>,

El ámbito de aplicación de este Acuerdo presenta mayor complejidad dado que si un Estado miembro desea aplicar el Acuerdo a sus territorios (caso de Holanda con Aruba) deberá confirmarlo mediante el intercambio de notas diplomáticas entre EEUU y la UE así como entre el país y la propia UE.

La revisión periódica del Acuerdo, así como el mecanismo dual de consulta entre las partes, es muy similar a lo ya explicado anteriormente sobre el *Swift Agreement* (Art. 11 y 17 del MLA).

El art. 4 regula, por primera vez en este tipo de tratados entre EEUU y otros países, la identificación de la información bancaria. Sabiendo que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo usan canales bancarios para sus actividades, es preciso probar el vínculo y la relación entre la comisión del delito y el movimiento de fondos realizado o derivado del mismo. En este entorno, los números de cuenta y los nombres de las sociedades a través de las que se mueve el dinero resultan esenciales.

Consecuentemente esta regulación obliga a los Estados a elaborar una base de datos con todas las instituciones financieras que operan en su territorio, sobre las que existen razones fundadas de verse involucradas en el movimiento de fondos ilícitos y, lo que es más importante, aportar nombres y fechas de nacimiento, así como alguna otra información identificativa, sobre el titular de la cuenta y sus transacciones.

Sin duda, pese a que este precepto está incluido y superado por la Cuarta Directiva comunitaria sobre Blanqueo de Capitales, no deja de tener su significado y de constituir un punto de partida, para desarrollar otras incitativas posteriores más ambiciosas como FATCA y CRS. Entendemos que el mundo de la información tributaria, y la información propiamente dicha, alcanzan aquí su máxima expresión y su punto álgido de encuentro.

Un dato no menos importante se percibe en el art.4.2, como es la preocupación por las operaciones realizadas por instituciones que no pertenecen al sector bancario, entre ellas el *shadow banking*⁴⁹⁹, y que son utilizadas, con la finalidad principal de eludir la

⁴⁹⁹ “*Shadow banking*” o banca en la sombra, hace referencia a la aparición de nuevos actores en el proceso de desintermediación financiera, mediante el cual los agentes de la economía dejan de utilizar los servicios de intermediarios bancarios para realizar los movimientos de sus cuentas financieras. El FSB lo caracteriza como la intermediación de crédito con entidades y actividades fuera del sistema bancario regulado.

vigilancia de las autoridades de control y seguridad de los Estados, para actuaciones tendentes al fraude fiscal.

3.2.3 España: Ley Orgánica de Protección de Datos y su desarrollo.

En España la protección de datos personales es un derecho derivado del art. 18.4 de la Constitución española, que ha sido definido por el TC como “un haz de facultades que consisten en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos, cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art.18.4 CE, debe limitar el uso de la informática⁵⁰⁰”.

Partiendo de la configuración constitucional que en nuestro país se dispensa a estos datos, su protección se vertebra sobre cuatro pilares básicos contenidos en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal⁵⁰¹ (LOPD):

- a) Marco regulatorio sobre tratamiento de datos con reconocimiento de derechos y requisitos para tal tratamiento entendiendo por el mismo la recogida, grabación, conservación, modificación, bloqueo o cancelación de estos datos y sus cesiones;
- b) Establecimiento de normas de publicidad de ficheros de datos personales;
- c) Creación de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) como garante de estos procesos, encargada de atender reclamaciones, ejercer potestad sancionadora en la materia, redactar memoria anual para el Ministerio de Justicia e informar a las personas sobre sus derechos en la materia;
- d) Fijación de un régimen sancionador en la materia.

El tratamiento de estos datos debe conllevar principios de calidad, finalidad, consentimiento y seguridad del afectado (art.6 LOPD).

⁵⁰⁰ STC 292/2000 de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico 5, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332>, (último acceso 22-12-16).

⁵⁰¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-23750>, (último acceso 20-12-16).

Entre los derechos destacados de los que gozan los titulares de datos personales tratados por terceros destacamos:

- a) Derecho de información, es decir, a ser informado en el momento que se facilitan datos sobre la finalidad de los mismos (art.5 LOPD);
- b) Derecho de consulta, que permite al ciudadano dirigirse al fichero general de la AEPD al objeto de conocer la existencia de un fichero particular que le atañe;
- c) Derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante el responsable de un fichero para conocer sus datos personales solicitando sean modificados, cancelación o ejerciendo oposición al mismo (Título III de la LOPD);
- d) En nuestro país, la protección de datos tributarios la encontramos esencialmente en la LGT, especialmente art. 95 y 177.ter.2 configurando el entorno normativo aplicable, sin olvidar el apoyo que la LOPD proporciona como marco general a la protección de datos. Esta última norma confiere el carácter de dato personal a cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables⁵⁰².

En España un sector de la doctrina considera que los derechos del contribuyente son un obstáculo para el procedimiento de intercambio de información⁵⁰³. No coincidimos con tal planteamiento, si bien es cierto que, como en todo Estado de Derecho, las

⁵⁰² Guía Financiera Edufinet, Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, 5ª Edición, Navarra, 2014.

⁵⁰³ MERINO ESPINOSA, M.P. y NOCETE CORREA, FJ.: “El intercambio de información tributaria en el Derecho internacional europeo y español” Documentos del IEF, número 6, 2011 y “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses”, Crónica Tributaria, núm. 139, 2011.

legislaciones nacionales contienen derechos y garantías para las personas afectadas por el intercambio con el límite básico de la finalidad fiscal de la información⁵⁰⁴.

El aspecto más discutido es la obligación de informar al contribuyente sobre el intercambio de sus datos. En este sentido el CRS, tanto en la versión originaria procedente de la OCDE como en la versión aplicada por la UE, cumple en dos fases este requisito informativo: en primera instancia se ha de recoger la firma cuando un cliente contrata con una institución financiera para a continuación reforzar esta circunstancia mediante los procedimientos ya tradicionales, dentro del cumplimiento y la diligencia debida del conocimiento fehaciente del cliente. Una vez que sus datos sean revisados, podrán ser reportados a la Autoridad Tributaria correspondiente.

La LGT, dentro de las actuaciones y procedimientos de gestión, señala en su art. 137.2⁵⁰⁵ que habrá de notificarse al interesado el inicio de las actuaciones de comprobación limitada, así como el alcance de estas y sus derechos y obligaciones durante las mismas. En idénticos términos se pronuncia el art. 147, dentro de los procedimientos de inspección, habiéndose de comunicar el inicio del mismo al interesado, con detalle de sus derechos y obligaciones durante el mismo.⁵⁰⁶

La situación es radicalmente opuesta en la norma norteamericana FATCA, donde el sigilo de las actuaciones y la información al cliente es significativamente menor,

⁵⁰⁴ Al respecto se puede consultar el documento “Reglamento general de protección de datos, un año después”, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2610_es.htm (último acceso 19-9-19). De igual maneja resulta esclarecedor el Informe de la Comisión, que en forma de infografía, realiza una valoración en cifras de la aplicación del RGPD; Así desde la aplicación del mismo se han realizado 144.376 preguntas a las autoridades nacionales de datos sobre la implantación y los derechos que la nueva regulación suscita. Por otra parte, en materia de sanciones, el documento asegura que las autoridades alemanas han impuesto una multa de 20.000 euros a un operador de redes sociales por incumplir el nuevo Reglamento y las autoridades francesas han hecho lo propio con Google al sancionarla por idénticos motivos con 50.000.000 de euros. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/infographic-gdpr_in_numbers_1.pdf (último acceso 19-9-19).

⁵⁰⁵ Art. 137.2 LGT: “El inicio de las actuaciones de comprobación limitada deberá notificarse a los obligados tributarios mediante comunicación que deberá expresar la naturaleza y alcance de las mismas e informará sobre sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones.”

⁵⁰⁶ Art. 147.2: “Los obligados tributarios deben ser informados al inicio de las actuaciones del procedimiento de inspección sobre la naturaleza y alcance de las mismas, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones.”

pudiendo en esta materia crearse cierta indefensión, que por el momento la doctrina no ha señalado⁵⁰⁷.

No obstante, un sector de la doctrina sí ha considerado⁵⁰⁸, por el contrario, que los derechos del contribuyente no pueden ser obstáculo para el efectivo intercambio de información y la labor de investigación tributaria.

Es oportuno matizar que se debe reforzar la seguridad jurídica del intercambio de información, en tanto que la misma propicia la obtención de pruebas, que se pueda vulnerar el derecho fundamental a no declarar sobre sí mismo ya recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁰⁹.

Este argumento ha de conjugarse con el deber del contribuyente y administrado de colaborar con la Administración, so pena de sanción en caso de incumplimiento.

⁵⁰⁷ Un caso práctico de frecuente aparición, en las instituciones financieras, es aquel donde se remiten datos de *US person* ya que no se ha podido contactar con el cliente por hallarse ausente o ilocalizable por encontrarse bajo los parámetros de cumplimiento de algún indicio y umbral.

⁵⁰⁸ Entre otros: BUSTAMANTE ESQUIVAS, MD.: "Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (impuestos directos e IVA) en Documentos de IEF núm. 23, 2002.

FERNÁNDEZ MARÍN, F.: "El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado en la Unión Europea", Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

MARTÍNEZ GINER, LA.: "La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados", Ed. Iustel, Madrid, 2008.

⁵⁰⁹ A tal efecto puede consultarse el esclarecedor artículo de SANZ DÍAZ-PALACIOS, A.: "El derecho a no declarar contra sí mismo, La articulación entre los procedimientos de gestión tributaria y el proceso penal por delito fiscal", disponible en https://www.uclm.es/-/media/Files/C01-Centros/cief/pdfs-publicaciones/04-El-Derecho-a-no-declarar-contras-mismo_2.ashx (último acceso 20-9-19). En el mismo se repasan los hitos que establecen las garantías jurídicas europeas de tan esencial derecho: el art. 24 de la Constitución Española, el art. 11 de la LOPJ, el art. 6.1 del CEDH y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996 (Caso Saunders).

Art. 6.1 Derecho a un proceso equitativo

"Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia".

Este complejo equilibrio entre la capacidad de la Administración y los derechos del ciudadano discurre paralelo al equilibrio entre el interés tributario del Estado y el interés del particular⁵¹⁰.

Precisamente MERINO ESPINOSA y NOCETE CORREA señalaban en su día la necesidad de un “estándar mínimo de protección del obligado tributario ante la ausencia de un verdadero catálogo de derechos del contribuyente”. Creemos que tal circunstancia ha sido solventada, en gran medida, por la publicación de las Orientaciones para un Código del Contribuyente Europeo en 2016⁵¹¹.

Como ha señalado CALDERÓN CARRERO⁵¹², los Convenios de Doble Imposición contienen, en su generalidad, procedimientos, más que suficientes, para una gestión tributaria que asegure garantías plenas para el contribuyente. Esa protección puede conllevar, en su último extremo, que el contribuyente cuyos derechos se hayan lesionado, pueda exigir incluso responsabilidad patrimonial al Estado causante de la misma⁵¹³.

⁵¹⁰ Op.cit. nota 34.

⁵¹¹ El Código determina unos principios que recopilan los principales derechos y obligaciones de los contribuyentes europeos respecto a las Administraciones Tributarias europeas. Se trata de un documento no vinculante que ha de tomarse como un modelo a adaptar por los Estados miembros. Puede consultarse el documento en https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/guidelines_for_a_model_for_a_european_taxpayers_code_es.pdf, (último acceso 12-11-18).

⁵¹² CALDERÓN CARRERO, JM.: “Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias” Documentos del IEF número 16, 2001 y “Hacia una nueva era en la cooperación fiscal europea: Las Directivas 2010/24/UE y 2011/16/UE de asistencia en la recaudación y de cooperación administrativa en materia fiscal” en Revista de Contabilidad y Tributación núm. 343, 2011.

⁵¹³ Al hilo de estas consideraciones téngase en consideración la contundente opinión de BENÍTEZ OSTOS, A.: “Requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública” cuando afirma “es preciso tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así, en Sentencias 14 mayo [RJ 1994, 4 190] , 4 junio [RJ 1994, 4783] , 2 julio [RJ 1994, 6673] , 27 septiembre, 7 noviembre y 19 noviembre 1994 [RJ 1994, 10469] , 11 de febrero 1995, 25 febrero 1995, 28 febrero [RJ 1995, 1495] , 1 abril [RJ 1995, 3226] y 11 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6423]) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los arts. 106.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (RCL 1957, 1058, 1178) y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848) , se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”. Disponible en <https://administrativando.es/responsabilidad-patrimonial-administracion-publica/> (último acceso 20-9-19).

En el ámbito europeo la situación no aparecía regulada en la Directiva 77/799/CEE ni en los Convenios de Doble Imposición (CDI), remitiéndose, por tanto, al derecho interno de cada país. Con la eclosión de los acuerdos de intercambio de información, y especialmente, con los de tipo automático, la preocupación sobre esta materia aumenta y nacen las primeras regulaciones que afectan a un intercambio internacional europeo, si bien, se aprecia una clara tensión entre el enfoque propiamente continental y el más permisivo, a nuestro entender, de entronque norteamericano.

Así, la tutela del Derecho Tributario europeo, que como vimos en el capítulo I defendía el profesor DI PIETRO⁵¹⁴, cobra aquí especial relevancia al conformar unos principios generales comunitarios que han de respetarse (proporcionalidad y no discriminación serían sus puntales), sin olvidar la jurisprudencia comunitaria ni los derechos fundamentales de cada ordenamiento interno.

La proporcionalidad debe ser entendida, a juicio de MERINO ESPINOSA y NOCETE CORREA⁵¹⁵, como medida apropiada para alcanzar el fin legítimo en la aplicación del tributo, manteniendo los derechos del contribuyente proporcionados en relación con la lucha contra el fraude fiscal. Esto impide que el contribuyente reciba un trato discriminatorio que le pueda perjudicar, no solo ante otro Estado miembro, sino ante el suyo propio.

La práctica totalidad de instrumentos jurídicos europeos (desde la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2000 hasta el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades) inciden en esta defensa de la protección de datos del ciudadano; no obstante habría sido deseable en la Directiva 2011/16/UE una mención de mayor concreción sobre esta materia o, al menos, sobre la comunicación del requerimiento de información al obligado tributario.

Sin embargo, la Directiva (art. 16.1) sí que prevé un conjunto de garantías sobre el límite del uso de la información una vez obtenida garantizando, en consonancia con el

⁵¹⁴ DI PIETRO, A.: “Armonización, coordinación fiscal y lucha contra el fraude”, en ADAME MARTÍNEZ, F.D., (director), Ed. Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2012. Puede consultarse igualmente al respecto la nota núm. 59 en el capítulo I de esta tesis.

⁵¹⁵ Op. cit. nota 14.

marco OCDE, tanto la confidencialidad como el acceso restringido a la misma por ciertos órganos. La LGT en su art. 177.ter 2 sigue esta misma línea⁵¹⁶.

Estamos diferenciando un matiz como el deber de sigilo acercándonos a la protección de datos personales (art. 25), como ha señalado DE MIGUEL ARIAS⁵¹⁷, del marco general establecido por la Directiva 95/46/CE⁵¹⁸.

En nuestra opinión, si bien el marco interno de la LOPD supone un límite, esta no debe desconocer ni el valor de los Tratados Internacionales firmados por España ni la funcionalidad básica de la lucha contra el fraude fiscal, suponiendo un obstáculo donde el defraudador pueda resguardarse⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Directiva 2011/16/UE, DO L 64/1 de 11 de marzo de 2011.

art.16.1 Revelación de información y documentación.

1. Cualquier información que se transmita bajo cualquier forma entre los Estados miembros en aplicación de la presente Directiva estará amparada por el secreto oficial y gozará de la protección que la legislación nacional del Estado miembro que la haya recibido otorgue a la información de la misma naturaleza. Dicha información podrá usarse para la administración y ejecución de las leyes nacionales de los Estados miembros relativas a los impuestos a que se refiere el artículo 2.

La información también podrá utilizarse para evaluar y aplicar otros impuestos y derechos contemplados en el artículo 2 de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas, o para evaluar y ejecutar las contribuciones obligatorias en el ámbito de la seguridad social.

Además, podrá utilizarse en relación con procedimientos judiciales que puedan dar lugar a sanciones, incoados como consecuencia del incumplimiento de la legislación en materia fiscal, sin perjuicio de la normativa general y de las disposiciones que regulen los derechos de los demandados y los testigos de dichos procedimientos.

Ley General Tributaria art. 177 ter 2 Intercambio de Información.

“ 2. La información suministrada a la Administración tributaria por otros Estados o por entidades internacionales o supranacionales en virtud de normas sobre asistencia mutua tendrá carácter reservado en los términos señalados en el artículo 95.1 de esta Ley, salvo que la normativa sobre asistencia establezca otra cosa.” BOE núm. 302 de 18 diciembre de 2003.

⁵¹⁷ MIGUEL (DE) ARIAS, S: “Algunos aspectos problemáticos de la protección jurídica de los obligados tributarios antes los requerimientos de información en la Unión Europea” en Intercambio de información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, (Director) García Prats, FA., Ed. IEF, Madrid, 2014.

⁵¹⁸ La STC 292/2000, de 30 de noviembre, definió el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal como “un derecho o libertad fundamental [...] frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de las personas provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (informática según la CE de 1978)”.

⁵¹⁹ Considérese el tenor del art.10.2 de la Constitución Española cuando afirma “ Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Por su parte, el profesor GARCÍA PRATS sostiene que el valor de los datos obtenidos como prueba en el intercambio para una regularización tributaria se halla fuera de los CDI y de los propios mecanismos automáticos cooperación administrativa internacional⁵²⁰.

El TS considera que la información procedente de otras Administraciones tributarias, suministrada mediante intercambio, ha de considerarse información contenida en documento público extranjero a los efectos de la aplicación de la doctrina y consideración de prueba. Esta consideración de nuestro Alto Tribunal no hace sino seguir el proceder de algunas normas tributarias internacionales, al sostener que la información transmitida puede incorporarse como elemento probatorio para fundamentar una regularización e incorporarse en sede judicial si fuera preciso⁵²¹.

El debate está servido al analizar el valor de los datos obtenidos de forma ilícita, especialmente cuando se vulnera el ya extinto secreto bancario. No podemos olvidar aquí la remisión a la voluntad de los Estados, que son quienes deben aplicar (o no) la transparencia más allá de la protección de su sistema bancario y de sus grandes corporaciones financieras. El caso es paradigmático en Suiza y, en el marco de la UE, en cierta medida Austria, que han cambiado la postura inicialmente mantenida por sus respectivos gobiernos sobre la cooperación tributaria debido al peso abrumador de las evidencias (escándalos UBS, Credit Suisse, lista FALCIANI, HSBC, caso Kieber Liechtenstein, etc.)⁵²².

⁵²⁰ GARCÍA PRATS, F.A.: “Los nuevos estándares internacionales de intercambio de información: FATCA o el fin del secreto bancario”, en Intercambio de información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, (Director) García Prats, F.A., Ed. IEF, Madrid, 2014.

⁵²¹ Véanse, entre otras, la jurisprudencia de nuestro TS al entender que “sin perjuicio de lo que diremos más adelante sobre los planes de inspección, esta actividad de identificación y selección para los posteriores procedimientos de investigación puede ser realizada a través de los requerimientos de información, que por ello cumplen una finalidad legítima, vinculada singularmente al presupuesto de la trascendencia tributaria de la información requerida. Así lo ha declarado esta Sala en la sentencia de 18 de octubre de 2012 (rec. cas. núm. 6322/2010), ECLI:ES:TS:2012:6980] que, reiterando lo declarado en nuestra anterior sentencia de 3 de noviembre de 2011 [(rec. cas. núm. 21017/2009), ECLI:ES:TS:2011:7798]” tal y como declara la STS 1435/2019 de 22-4-19, ECLI: ES:TS:2019:1435.

⁵²² Nos remitimos al respecto de estos casos al estudio plasmado en nuestros capítulos I y II como catalizadores de la aparición de iniciativas legislativas internacionales que potencian el intercambio como forma de cooperación internacional en su vertiente automática, respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Entendemos que para el caso concreto de obtención frente al secreto bancario⁵²³ el asunto está superado, si bien quedan pendientes de solución otros casos donde la obtención no sería lícita ni justificable incluso en aquellos donde la finalidad última sea la lucha contra el blanqueo de capitales.

No parece lógico que la comisión de un delito pueda resolverse actuando *contra legem*, resultando de aplicación el principio de proporcionalidad por el que el bien común prevalece, de la misma manera que el secreto bancario no puede ser usado como parapeto para excluir la aplicación de la legalidad fiscal.

En este sentido, podría interpretarse la modificación de 2005 del contenido del art.26 (párrafo 5)⁵²⁴ del Modelo de Convenio de la OCDE para superar el secreto bancario y la confidencialidad en términos generales. Pero subsiguientemente, no solo le otorga valor probatorio a la información obtenida, sino que sostiene la primacía de la norma convencional internacional frente a la norma interna.

La jurisprudencia interna de los Estados miembros de la UE también se halla dividida al respecto. En tal sentido, el Tribunal Constitucional alemán admitió como prueba condenatoria datos obtenidos en contravención de leyes helvéticas, mientras que la Corte de Apelaciones francesa optó por no admitir pruebas o datos ilegítimamente obtenidos (en el caso FALCIANI) para condenar a clientes como base de su decisión⁵²⁵.

La jurisprudencia nacional y europea “ha relativizado el alcance de la nulidad probatoria de documentos sustraídos por un particular, exigiendo una ponderación de cada caso concreto. La solución ha de ser el resultado de balancear el derecho a un proceso justo y el principio de buena gobernanza”. Esto puede conllevar en la práctica la no consideración del origen ilegal de la información obtenida por la Administración Tributaria en una posterior regularización, entre otras razones, porque la documentación del procedimiento no ha podido contrastarse con la de la propia AEAT, sino que

⁵²³ Debe considerarse lo estudiado, en el capítulo I, sobre la (no) vigencia actual del secreto bancario frente al sigilo de idéntica naturaleza.

⁵²⁴ Art. 26: Intercambio de información.

“5. En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona.”

⁵²⁵ Vid. las páginas 422 y ss. de este capítulo sobre el particular.

procede de la aportación del obligado tributario y se entiende suficiente para verificar hechos de un determinado periodo y declaración⁵²⁶.

No deja de sorprendernos la escasa sensibilidad o renuencia a la condena por delito fiscal en España no solo por desafección a la tributación internacional y al intercambio internacional sino por la tradición española tan reacia (y tardía) a considerar el delito fiscal y la evasión como conductas gravemente contrarias no solo al ordenamiento sino a la moralidad fiscal y a la solidaridad tributaria.

3.3 Jurisprudencia

De la ingente literatura jurídica emanada por el TJUE hemos seleccionado para su análisis y comentario tres sentencias que nos resultan determinantes por su significación. Se trata de casos donde el Ato Tribunal establece líneas claras y atributos propios en lo que a la protección de datos se refiere. De esta línea jurisprudencial se derivan, por consiguiente, consecuencias cuando se trata, en su caso, de datos de carácter tributario. Adicionalmente, en los dos primeros supuestos el Tribunal ha derogado el Puerto Seguro (dándose por lo tanto limitaciones a la lucha antiterrorista cuando se ve afectada la privacidad de las comunicaciones) y la conservación de datos de tráfico derivados de la Directiva sobre protección de datos⁵²⁷.

3.3.1 Caso 362/14 (Max Schrems frente a la Autoridad Nacional irlandesa de Protección de Datos⁵²⁸).

La decisión de la Corte de Luxemburgo en el caso del austriaco Maximilian SCHREMS⁵²⁹ contra Facebook⁵³⁰ obligó a los Gobiernos de EEUU y la UE a negociar

⁵²⁶ Véanse el Auto de 22-5-12 de la Audiencia Nacional en el caso de Jaime BOTÍN y la STS 471/2017 de 23 de febrero de 2017, ECLI: ES:TS:2017:471.

⁵²⁷ A considerar las siguientes elaboraciones doctrinales, PIÑAR MAÑAS, J.L. y RECIO GAYO, M.: “El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Ed. Bosch, 2018.

LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del derecho europeo, y su impacto en la relación transatlántica UE-EEUU”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, 2017, <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/19165> (último acceso 20-9-19).

⁵²⁸ As. C. 362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

⁵²⁹ La preocupación del denunciante Sr. SCHREMS por la ausencia de protección surge a raíz de las revelaciones realizadas por Edward SNOWDEN, en mayo de 2013, sobre las actividades de los servicios de inteligencia estadounidenses y en concreto la *National Security Agency* (NSA).

un nuevo marco que garantizase una mejor protección de los derechos de los particulares en supuestos de transferencia de información entre Estados

En tal sentido, algunos autores han otorgado el carácter de histórica a esta sentencia. La Corte señalaba que la Comisión no realizó un examen adecuado para determinar si EEUU garantizaba un nivel de protección de derechos fundamentales equivalente al de la UE en materia de transmisión de datos personales de sus ciudadanos.

Es oportuno recordar que en este caso el ciudadano comunitario SCHREMS denunció en junio de 2013 a Facebook ante la autoridad independiente irlandesa encargada del control de datos. La causa se centraba, en su opinión, en la deficiente protección de datos transferidos a EEUU por parte de la citada red social desde su filial irlandesa.

En un primer momento la autoridad irlandesa desestimó la reclamación, ya que la UE había concedido la calificación de Puerto Seguro (*Safe Harbour*) a EEUU, considerando que este país protegía adecuadamente los datos personales transferidos.

En ese momento procesal el Tribunal Supremo irlandés (*High Court*) interpeló al TJUE si la Decisión de la Comisión 2000/520/CE de 26 de julio impedía a una autoridad nacional investigar una denuncia en la que se alega que un país tercero no garantiza un nivel de protección adecuado e incluso suspender la transferencia de datos.

La respuesta del TJUE vino a subrayar que la Comisión y su acuerdo de Puerto Seguro no podían dejar sin efecto facultades de las autoridades nacionales de control, por lo que debía suspenderse la transferencia de datos de usuarios europeos de Facebook a EEUU, pues ese país no ofrecía nivel de protección adecuado (equivalente al europeo) a los datos personales.

En sus conclusiones previas a la sentencia, el Abogado General Yves BOT señalaba que, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 95/46 y especialmente en la Decisión 2000/520 (art.1), se autoriza la transferencia de datos personales desde Estados miembros a empresas establecidas en EEUU, que se hayan comprometido a respetar los principios del Puerto Seguro.

⁵³⁰ Todo ciudadano residente en la UE puede acreditar la dificultad manifiesta para la gestión en el tratamiento de sus datos personales respecto de Facebook. Puede afirmarse, sin vacilación, que los ciudadanos de la Unión, usuarios de Facebook, no han sido debidamente informados de que las agencias de seguridad norteamericanas tienen acceso a sus datos personales.

En su anexo I se detallan los principios que deben cumplir esas empresas y su sistema de control. En 2013 se estimaba que alrededor de 3.200 empresas se habían adherido al sistema de Puerto Seguro.

El sistema se basa en auto certificaciones, muy habituales en todo programa de cumplimiento (*Compliance Program*) norteamericano, que tiene por norma ceder la iniciativa al particular, quedando la autoridad estatal en cuestión como garante y controladora, pero no como impulsora del proceso administrativo.

Siguiendo con esa idea del Cumplimiento, es tradición que se escuche y dé audiencia en la tramitación a la industria y opinión pública en la génesis de una regulación sectorial de cierto impacto, si bien no debe olvidarse que los usuarios del Puerto Seguro son exclusivamente empresas norteamericanas receptoras de datos personales provenientes de sus clientes de la UE. Estas empresas deben adherirse al Puerto Seguro, notificándolo al Departamento de Comercio de los EEUU.

Un dato no menos importante lo conforma la existencia de diversos mecanismos de comprobación, que combinando arbitraje privado y supervisión pública, permitan comprobar el respeto al puerto privado llegando a preverse un sistema de resolución extrajudicial de controversias. De nuevo el sistema anglosajón nos trae el arbitraje como medio de resolución de conflictos⁵³¹.

Los principios que presiden esta figura se pueden esquematizar en los siguientes bloques:

- a) Comunicación y publicidad a los particulares sobre el régimen aplicado por la empresa en la recogida y tratamiento de los datos personales;
- b) Seguridad y protección de ulterior de los datos si se informa a terceros quedando patente que las empresas con datos privados de personas físicas han de permitirles acceder a esa información y permitirles corregir, modificar o suprimir dicha información si resultase inexacta. Junto a todo

⁵³¹ En tal sentido podemos afirmar que uno de los puntos más controvertidos y, que por el momento ha hecho encallar el proyecto TTIP, es precisamente el empleo del arbitraje como medio de resolución ágil de controversias entre empresas de la UE y EEUU. Este medio despierta aún suspicacias y desconfianza entre sectores más tradicionales tanto jurídicos como sociales europeos.

esto debe preverse una vía de recurso para casos de incumplimiento y un régimen sancionador *ad hoc*.

Por su parte, el comisario irlandés desestimó por infundada la instrucción de la denuncia procediendo al archivo de la misma, razón por la cual el denunciante recurrió ante la *High Court*, que consideró no garantizados los derechos a la vida privada e inviolabilidad del domicilio por un acceso masivo, como el que nos ocupa, que permitiría a los servicios de inteligencia acceder a dichos datos de manera no proporcional ni justificada objetivamente, siendo esta razón una garantía adecuada que no concurría, como era preceptivo, en este supuesto. Por consiguiente, la *High Court* consideró que según el Derecho irlandés la Comisión no debió archivar la denuncia.

La cuestión esencial (y controvertida) es si desde el punto de vista de la UE el comisario nacional se halla vinculado, en términos absolutos, por la constatación de Decisión 2000/520 en relación a las prácticas estadounidenses en materia de protección de datos.

La argumentación judicial cuestiona no tanto a las empresas norteamericanas y su protección tras las revelaciones del Sr. SNOWDEN, sino a la propia Comisión, por no haber considerado la práctica estadounidense como adecuada en el marco comunitario.

Nos parece evidente, a la luz de la ya estudiada legislación europea sobre datos personales, que la protección ofrecida en Europa es notablemente superior, pese a la dispersión normativa de los Estados Miembros de la UE, y tan solo nos cabe la duda (que la sentencia que estamos comentando despejaría) de si el ejercicio de esa protección en vía judicial y en régimen sancionador es tan eficaz como lo es en el sistema norteamericano.

A mayor abundamiento, se citan los artículos 7 (respeto por la vida privada y familiar) y 8 (protección de datos de carácter personal que incluye el consentimiento del afectado) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; todo ello, en conexión con el art. 25.6 de la Directiva 95/46, motivó que la *High Court* plantease al TJUE cuestión prejudicial sobre las obligaciones de la Comisión a la luz de los tres instrumentos jurídicos empleados (Directiva, Decisión y Carta).

Como acabamos de apuntar, el denunciante sostenía que la Autoridad de control nacional (el comisario) debía suspender el intercambio de datos y ejercer la correspondiente protección de los mismos, tras practicar pruebas que determinasen

vulneración de los derechos cuestionados. Esa opción se sustenta en el art.3.1.b de la Decisión de la Comisión 2000/520/CE.

A nuestro juicio, el argumento de mayor relieve obedece al argumento (no siempre tan obvio ni presente en la mente del intérprete jurídico) de que el Derecho de la UE debe ser interpretado, no solo en su tenor literal, sino en su contexto y en ultima ratio, considerarse los objetivos perseguidos por el mismo (en este caso, art. 16.2 TFUE⁵³²). En este punto resulta oportuno recordar la importancia del papel desempeñado por las autoridades nacionales de control en materia de protección de datos de personas físicas (art. 28.1 de la Directiva 95/46).

A la luz de las mencionadas revelaciones, así como otras posteriores sobre empresas norteamericanas involucradas en el programa PRISM, resulta evidente que los datos de ciudadanos europeos transferidos en el marco del Puerto Seguro no gozan de tutela judicial efectiva sin que la seguridad nacional pueda limitar esta excepción.

Así pues, nuevamente se constata las contradicciones del binomio seguridad y libertad y su difícil encaje en el debate político y jurídico.

Finalmente, y tras larga disquisición, el Abogado General, siguiendo la jurisprudencia reiterada del TJUE, asegura que “el acceso que los servicios de inteligencia estadounidenses tienen a los datos transferidos es constitutivo de una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales garantizado por el art. 8 de la Carta por cuanto garantiza que tal acceso constituye tratamiento de dichos datos.”

Seguidamente analiza si la injerencia responde a un objetivo de interés general, constatando la incertidumbre jurídica derivada del texto de la Decisión 2000/520 hasta el punto que la misma en su opinión debía invalidarse, ya que no se ofrecen reglas claras y precisas que regulen el alcance a los derechos fundamentales de los artículos 7 y 8.

⁵³² Art. 16.2: “El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.”

Concluyendo, la Decisión 2000/520 con arreglo a la Directiva 95/46/CE sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de Puerto Seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes publicadas por el Departamento de Comercio estadounidense, es declarada inválida por la STJUE dictada el 6 de octubre de 2015 al tiempo que se refuerza el papel de la autoridad nacional (de cada país europeo) de control al examinar la protección de los derechos y libertades (datos personales) cuando se transfieren desde un Estado Miembro a un tercer Estado.

En consecuencia, el Tribunal declara que, sin que sea preciso apreciar el contenido de los principios de Puerto Seguro, se debe concluir que el art.1 de la Decisión vulnera las exigencias establecidas por el art. 25.6 de la Directiva 95/46 circunstancia que se reitera con el art. 3.1 ya que se excede de los límites de la competencia al restringir las facultades de las autoridades nacionales de control en consonancia con el art. 28 .4 de la citada Directiva 95/46 (cualquier persona en relación con la protección de datos personales y libertades)⁵³³.

3.3.2 El Caso 131/12 (Google Spain frente a Mario Costeja).

Este asunto que examinamos con profusión supuso un fuerte impacto mediático y jurídico no solo en la UE sino a escala mundial. Nos referimos al Asunto C- 131/12 dilucidado en STJUE de 13 de mayo de 2014 (Google Spain-Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja)⁵³⁴.

En esta ocasión, se discutía sobre la base jurídica de la protección de datos personales de una persona física (Mario COSTEJA, ciudadano de nacionalidad española) en

⁵³³ Una primera impresión de las consecuencias de esta STJUE la podemos apreciar en el artículo del que fuera director de la Agencia Española de Protección de Datos, PIÑAR MAÑAS, J.L.: “La mayoría de transferencias de datos desde Europa a Estados Unidos en el aire” publicado en Revista de la Abogacía española el 26-10-15 y disponible en <https://www.abogacia.es/2015/10/26/la-mayoria-de-las-transferencias-de-datos-desde-europa-a-eeuu-en-el-aire/>, (último acceso 24-9-19).

⁵³⁴ De la ingente cantidad de artículos y comentarios sobre esta sentencia pueden ser ilustrativas las siguientes menciones: “Derecho de supresión (“al olvido”): buscadores de internet”, publicado por la AEPD en su web <https://www.aepd.es/areas/internet/derecho-al-olvido.html> ; AZURMENDI, A.: “Por un «derecho al olvido» para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional española de 29 de diciembre de 2014”, en Revista UNED de Derecho Político, núm. 92 enero-abril 2015, pp. 273-310 así como SILVA DE LAPUERTA, M.: “El derecho la olvido como aportación española y el papel de la abogacía del Estado” en la Revista Uria, disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4361/documento/t01.pdf?id=5569> (último acceso 24-9-19).

aplicación de los principios comunitarios recogidos por la Directiva, y, significativamente, por los artículos 2, 4, 12 y 14 analizados a la luz de los preceptos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

La STJUE señala el sentido en que debe interpretarse el art. 2 (a y b) de la Directiva 95/46 determinando que el motor de búsqueda (en esta ocasión Google) es responsable del tratamiento de los datos personales que pone a disposición sobre otros internautas. En concreto, cuando ese motor crea en el Estado miembro una sucursal o filial para garantizar la promoción y venta de espacios publicitarios y dirige su actividad a los habitantes de ese Estado miembro (criterio de establecimiento en la UE). En este razonamiento, a nuestro juicio certero, se pueden apreciar las dificultades que jurídicamente presenta la aplicación de la normativa comunitaria a una compañía norteamericana que en este caso opera en territorio comunitario. Detectamos un sobre esfuerzo explicativo a la hora de justificar la aplicabilidad del corpus comunitario a una compañía de un tercer país proveedora de internet. Por otra parte, perfilado el ámbito territorial, surge la necesidad de glosar el art. 12 (b) y 14 en el sentido de que el motor de búsqueda es responsable de eliminar de sus resultados a partir de un nombre de persona, publicado por terceros, aun siendo lícito su contenido. Y a mayor abundamiento, habrá de analizarse si el interesado tiene derecho a que la información, relativa a su persona, ya no esté vinculada a su nombre por una lista que cause un perjuicio al interesado.

Finalmente, el Alto Tribunal asevera que, en consonancia con lo dispuesto en la Carta Europea (art. 7 y 8), los intereses económicos y el interés de las personas en el acceso a información se ven supeditados al interés prevaleciente del particular cuyos datos son objeto de controversia. Sin embargo, la robustez de esta afirmación se ve minorada por la frase final con que se concluye la sentencia que exceptúa aquellos casos donde, por tratarse de interesados que operan en la vida pública, no se considera injerencia en sus derechos fundamentales el acceso a información sobre ciertos datos personales.

Con anterioridad, en sus Conclusiones el Abogado General Niilo JAASKINEN indicó que en internet pueden darse tres situaciones relacionadas con datos personales:

1. Publicación en cualquier web de datos personales donde ha de aplicarse la Directiva 95/46;

2. Casos donde el usuario lleva a cabo una búsqueda mediante motor de búsqueda en internet y algunos de sus datos se transfieren automáticamente al proveedor del motor de búsqueda. Este caso se sustancia conforme a las disposiciones que las autoridades de control nacionales determinen en cada caso;
3. Casos donde un motor de búsqueda en internet proporciona resultados que dirigen al usuario de internet a la página web fuente. Este sería el de la sentencia que nos ocupa y comentamos.

El aspecto que más nos sorprende del asunto radica en la voluntad del interesado al derecho al olvido o la caducidad de los datos personales (algunos o todos) en el buscador de internet.

Son escasos los antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal sobre esta materia (Caso LINDQVIST⁵³⁵ que no afectaba a los motores de búsqueda y sí en el Caso Google France⁵³⁶ SARL y Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier SA así como en el Caso Interflora Inc⁵³⁷ e Interflora British Unit contra Marks & Spencer Plc. y Flowers Direct Online Ltd.).

⁵³⁵ As. C. 101/01, ECLI:EU:C:2003:596; El Alto Tribunal asegura tres ideas centrales : 1. “la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.”

2. “No existe una «transferencia a un país tercero de datos» en el sentido del artículo 25 de la Directiva 95/46 cuando una persona que se encuentra en un Estado miembro difunde datos personales en una página web, almacenada por una persona física o jurídica que gestiona el sitio Internet en el que se puede consultar la página web que tiene su domicilio en el mismo Estado o en otro Estado miembro, de modo que dichos datos resultan accesibles a cualquier persona que se conecte a Internet, incluidas aquellas que se encuentren en países terceros.”

3. “Las disposiciones de la Directiva 95/46 no entrañan, por sí mismas, una restricción contraria al principio general de la libertad de expresión o a otros derechos y libertades vigentes en la Unión Europea y que tienen su equivalente, entre otros, en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Incumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46 garantizar el justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego, incluidos los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario.”

⁵³⁶ As. acumulados C.236/08 a C. 238/08, ECLI:EU:C:2010:159.

⁵³⁷ As. C. 323/09, ECLI:EU:C:2011:604.

En los antecedentes de hecho habría que mencionar que el interesado reclamó en 2009 a un periódico nacional que retirase de internet anuncios que databan de once años atrás donde se anunciaba la subasta de sus bienes inmuebles por impago de deudas a la Seguridad Social, situación ya resuelta por lo que entendía sus datos deberían cancelarse a lo que la editorial se negó, alegando que en su día se publicaron por orden del Ministerio de Trabajo. Continuando su reclamación en 2010 se dirigió a *Google Spain* debido a que los resultados que le atañían se mostraban por internet a través de este servidor.

La reclamación ante la AEPD fue estimada por lo que se ordenó a *Google Spain*, a Google Inc. así como a la editorial, que retirasen sus datos. Posteriormente el tribunal que llevaba el caso planteó cuatro grandes cuestiones prejudiciales al TJUE entre las que destacamos:

- 1) Concepto de establecimiento (art. 4.1.a Directiva) en el tratamiento de los datos personales;
- 2) Proveedor de servicios de motor de búsqueda en internet trata datos personales en esa información (art. 2.b Directiva);
- 3) No se puede considerar al proveedor de servicios responsable del tratamiento de los datos personales en el sentido del art. 2.d a excepción de los contenidos del índice de su motor de búsqueda siempre que el proveedor no indexe o archive tales datos personales contra las instrucciones del editor de la página web;
- 4) Si los artículos 12 y 14 confieren o no al interesado la facultad de dirigirse al proveedor de servicios de motor de búsqueda, invocando su derecho al olvido, para impedir que se indexe información que le afecta en la web de otros proveedores.

La aplicación territorial de la Directiva y la normativa española de protección de datos inciden significativamente sobre el sentido que había de otorgarse al término “establecimiento”. Sentido en que ha de interpretarse “recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro” (art. 4.1. c). Sin duda polémico y complejo aspecto ya que *stricto sensu* este artículo no sería aplicable. Sin embargo, no queda claro dónde tratan los datos personales las filiales europeas de Google, ya que la compañía no difunde esa información. La solución llega por la conexión existente entre publicidad y fuente de ingresos, tal y como se llevó a cabo con las filiales creadas por el gigante

norteamericano: a tales efectos Google ha creado establecimientos que encajan a la perfección en el sentido del art. 4.1 e incluso ha registrado dominios nacionales como google.es. En esta ocasión la financiación resulta determinante y esclarecedora. En consecuencia, la filial se ve obligada a cumplir con los requisitos del tratamiento de datos personales propios del Estado miembro donde se halle.

Sobre la aplicación o no del art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales; nos recuerda el Abogado que en la sentencia VOLKER und MARKUS SCHECKE y EIFERT⁵³⁸ se afirma que “el respeto del derecho a la vida privada en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal, reconocido por los artículos 7 y 8 de la Carta, se aplica a toda información sobre una persona física identificada o identificable y que las limitaciones al derecho a la protección de estos datos que puedan establecerse legítimamente corresponden a las en el contexto del art. 8⁵³⁹ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950”.

A partir del argumento por el cual un proveedor de servicios de motor de búsqueda en internet realiza un tratamiento de datos personales mostrados en páginas web fuente de

⁵³⁸ As. acumulados C-92/09 y C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662. En ese litigio la sociedad Volker und Markus Schecke GbR, por una parte, y el Sr. Eifert, por otra se opusieron al Estado Federal de Hesse en lo que respecta a la publicación en el sitio web de la Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (Agencia Federal de Agricultura y Alimentación) de datos de carácter personal de dichos demandantes en cuanto beneficiarios de fondos procedentes del FEAGA o del Feader. El TJUE dictaminó que “los artículos 42, punto 8 *ter*, y 44 *bis* del Reglamento (CE) n° 1290/2005 del Consejo, de 21 de junio de 2005, sobre la financiación de la política agrícola común, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1437/2007 del Consejo, de 26 de noviembre de 2007, y el Reglamento (CE) n° 259/2008 de la Comisión, de 18 de marzo de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1290/2005 en lo que se refiere a la publicación de información sobre los beneficiarios de fondos procedentes del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader), son inválidos en la medida en que obligan, por lo que respecta a las personas físicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del Feader, a publicar datos de carácter personal de todos los beneficiarios, sin establecer distinciones en función de criterios pertinentes, tales como los períodos durante los cuales dichas personas han percibido estas ayudas, su frecuencia o, incluso, el tipo y magnitud de las mismas.”

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d67b11980e95f248f887ed8a5beb6c28d6.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PahaOe0?text=&docid=79001&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=328678>, (último acceso 19-12-16).

⁵³⁹ Art. 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar.

“1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.”

terceros, se elabora una larga disquisición sobre el derecho al olvido y su posible incardinación en el art. 7 de la Carta así como su compatibilidad y su zonas de fricción con el art. 11 (libertad de expresión). El argumento que consideramos más apropiado, a la par que lógico, es aquel que asevera que ninguno de los derechos controvertidos tratados por la sentencia es absoluto, es decir, pueden limitarse con justificación jurídica aceptable (art 52.1 de la Carta).

Trayendo a colación el criterio jurisprudencial que relaciona el derecho fundamental a la protección de la vida privada y la información pública de las personas⁵⁴⁰ (Caso A. OVCHINNIKOV⁵⁴¹), podríamos concluir que un proveedor de servicios de motor de búsqueda en internet ejerce legalmente tanto su libertad de empresa como de expresión cuando pone a disposición del público herramientas de localización de información en internet basadas en un motor de búsqueda. En conclusión, la recomendación que el Abogado eleva la TJUE (consejo no seguido en su totalidad por el Tribunal) consiste en entender que los derechos de suspensión y cancelación de datos del art. 12 y derecho de oposición del art. 14 (ambos de la Directiva) no han de extenderse al derecho al olvido como pretende el demandante.

El primer criterio que llama nuestra atención en los postulados de los Comentarios Preliminares es la apelación al equilibrio razonable (de nuevo el *reasonable check* consustancial a la diligencia debida en el ámbito de la cooperación internacional) entre la protección de los datos personales y los intereses legítimos de las empresas y usuarios de internet. Entra en juego, así mismo, la libertad de expresión de los editores y libertad de los usuarios de internet a la información consagrada en el art. 11 de la Carta.

No ha de negarse la dificultad que estriba en formalizar un campo de trabajo donde la tecnología avanza vertiginosamente y la legislación debe velar por derechos de todos los ciudadanos y empresas. En ese difícil equilibrio radica el interés de la Sentencia y de toda la regulación protectora de ámbitos de la privacidad del ciudadano ya afecten a aspectos tributarios o de cualquier índole, pues como hemos señalado al abordar el

⁵⁴⁰ En tal sentido véase el Informe del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*Internet: case-law of the European Court of Human Rights Updated: June 2015*” especialmente pp. 17 y 18 en http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf, (último acceso 19-12-16).

⁵⁴¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que la publicación de datos personales establece un límite al interés superior relativo a la protección de la confidencialidad: *Ovchinnikov v. Rusia*, 49, nº 24061/04, de 16 de diciembre de 2010.

capítulo II, el contenido de los mismos tiene un amplio componente básico de identidad para incluir unos u otros aspectos según el *reporting* al que nos enfrentemos.

En tal sentido, se enumeran en el punto 72 datos como nombres, direcciones, teléfonos o imágenes de una persona física lo que profundiza en la idea de que se está llevando a cabo un tratamiento de datos personales en la web fuente y que incluye la recopilación, organización, grabación y almacenamiento de los datos.

A grandes rasgos, puede afirmarse que el editor que publica el contenido en la página web fuente es responsable de los datos personales publicados en esta si bien no garantiza el proceso por completo al darse por ejemplo situaciones donde reside en un tercer Estado. A esto le denomina la sentencia “responsabilidad secundaria de los proveedores de internet”.

Sin embargo, mantenemos que en nuestra opinión la postura del Abogado General podría minusvalorar el concepto de territorialidad y su afectación sobre el ciudadano europeo y sus derechos.

Sobre la relación entre derecho al olvido y los derechos positivos de rectificación, supresión, bloqueo y oposición se manifiesta que no hay identidad, al menos en un sentido global, ya que los efectos de ambos pueden conllevar similares consecuencias fácticas pero no jurídicas.

En clave nacional, y a mayor abundamiento, ha de ser considerada la argumentación emanada por nuestro TS en la STS 471/2017⁵⁴² respecto al conocido caso FALCIANI⁵⁴³.

En su prolija fundamentación jurídica el Alto Tribunal, cuyo ponente es el magistrado Manuel MARCHENA, razona sobre el significado de la prueba ilícita y los efectos radicales que su declaración lleva asociada. En buena lid, las pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental no pueden ser apreciadas desde el punto de

⁵⁴² STS 471/2017 de 23 de febrero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:471 disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7944729&links=&optimize=20170227&publicinterface=true>, (última consulta 26-11-18).

⁵⁴³ En este caso paradigmático, de evidentes resonancias mediáticas, se conjuntan elementos sobre fraude fiscal, el secreto bancario, los paraísos fiscales, el intercambio de datos y la protección de los mismos dispensada por los Estados y las autoridades, junto a las posturas jurisprudenciales en derecho comparado.

vista probatorio y en el marco del sistema constitucional. En efecto, es doctrina del nuestro TS que la “verdad real no puede obtenerse a cualquier precio”⁵⁴⁴ por lo que el TS recoge una proclama ética y democrática al establecer que “la necesidad de hacer eficaz esa regla de exclusión viene impuesta incluso por una exigencia ética ligada a la fuente legitimante (sic) de la función jurisdiccional”.

Posteriormente, el TS realiza un inusual ejercicio de derecho comparado, invocando los precedentes concurrentes dictados en otros Estados miembros⁵⁴⁵. En su Fundamento jurídico Sexto se alude a la necesidad de un tratamiento singularizado de la prueba obtenida por un particular que haya cometido un delito o vulnerando derechos fundamentales. En tal sentido, cabe apuntar que los Tribunales norteamericanos han admitido pruebas obtenidas por particulares ampliando de esta manera el ámbito de las excepciones valorables⁵⁴⁶. Y aquí resulta oportuno recordar como nuestro proyecto de Código Penal de 2013 matizaba el alcance de la regla de exclusión cuando había violación del derecho fundamental y su origen provenía de la actuación exclusiva de un particular que hubiese actuado sin voluntad de obtener pruebas (art.13).

Finalmente el TS concluye que la valoración de una prueba como la que atañe al asunto FALCIANI es “perfectamente posible” en virtud del art. 11 de la LOPJ y dado que se ha constatado la absoluta desconexión de toda actividad estatal ajena a la voluntad de “prefabricar pruebas”. En consecuencia, y dado el alcance e intensidad de la afectación del derecho fundamental, se puede atender el valor probatorio de los archivos informáticos aportados no constando, según el TS, dato indiciario alguno que explique que la obtención de esos ficheros proviene de una colaboración del denunciado con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado español o cualesquiera otros extranjeros. Tampoco se ha podido acreditar la hipótesis de que los servicios fiscales españoles se hicieran con los archivos objeto del litigio mediante un pacto con el infractor.

⁵⁴⁴ Auto del TS 3773/1992 de 18 de junio de 1992, ECLI:ES:TS:1992:3773A

⁵⁴⁵ Tribunal Supremo belga en el caso KB Lux, 2015, TS francés 2012 y 2013 sobre el propio asunto FALCIANI, Corte de Casación italiana 2012 y 2013, Tribunal Constitucional alemán 2016 con expresión que excluye la ilicitud probatoria centrándose en la no vulneración de Convenio Europeo de Derechos Humanos y registrando la tesis de que la evasión fiscal supone un grave delito para los intereses generales, aspecto este último que permite superar el filtro de la proporcionalidad a pesar de que el margen del arbitrio judicial sea amplio.

⁵⁴⁶ Puede consultarse en tal sentido el Caso *Burdeau vs. McDowell*, 256, US, 465, 1921.

Por todo lo cual, nuestro TS asevera que los ficheros bancarios que FALCIANI pudo extraer de la entidad HSBC, con sucursal en Suiza, para la que trabajaba, conteniendo datos de personas y empresas y sus fondos, activos y valores, fueron correctamente incluidos como material probatorio por el tribunal de instancia español que analizó en primera instancia el caso y “no estaban afectados por la regla de la exclusión”.

Para concluir el Tribunal español remite un mensaje nítido a las autoridades judiciales helvéticas al indicarles que no aceptan un *imperium* extranjero sobre al valor probatorio de una prueba por parte de un tribunal nacional. Ese no parece el sentido contemporáneo de la cooperación judicial internacional proclamada, entre otras instancias, por números Organismos internacionales como estamos constatando a lo largo de este Trabajo.

3.3.3 El Caso C-25/17⁵⁴⁷ Jehovan todistajat.

Junto a los dos casos previamente comentados puede resultar de interés revisar la postura algo más reciente (STJUE 10 de julio de 2018) que sostiene el TJUE. Se centra la cuestión en dilucidar la supuesta protección de datos en una comunidad religiosa de Testigos de Jehová. Por lo tanto, nos centramos en el art. 2 y 3 de la Directiva 95/46/CE (datos personales, tratamiento de estos y responsables del tratamiento de los mismos, todo ello interpretado a la luz de los derechos fundamentales contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y significativamente en relación con el art. 8). Ciertamente es que el Abogado General⁵⁴⁸ considera que buena parte del debate radica en el concepto de fichero que en su opinión tiene una redacción “sibilina” en la citada Directiva.

⁵⁴⁷ As. C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551. Téngase en cuenta que en la fecha de la citada sentencia ya se encontraba el vigor el nuevo régimen legal establecido por el RGPD 2016/679. Esencialmente no apreciamos cambios significativos en la postura jurisprudencial, reforzándose el criterio garantizador de derechos y libertades en el espacio europeo, tras la promulgación del citado Reglamento.

⁵⁴⁸ En sus Conclusiones el Abogado General Paolo Mengozzi llega a afirmar que “el artículo 2, letra d), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que una comunidad religiosa que organiza una actividad de predicación en la que se recogen datos personales puede ser considerada responsable del tratamiento a pesar de que ella misma no tenga acceso a los datos personales registrados por sus miembros. A efectos de la determinación del “responsable del tratamiento” en el sentido de la Directiva 95/46, no es imperativo que existan instrucciones por escrito, pero debe comprobarse, en su caso mediante un conjunto de indicios, que el responsable puede ejercer una influencia de hecho sobre la actividad de recogida y tratamiento de datos personales, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

En septiembre de 2013 el Supervisor nacional de datos finlandés dictó una resolución que prohibía a la comunidad de Testigos de Jehová recoger datos personales en relación con la actividad de predicación puerta a puerta que realizaban sus miembros. En opinión del Supervisor finés no se producían los requisitos legales para el tratamiento de los datos según la entonces legislación aplicable (Directiva 95/46/CE) y la legislación finlandesa oportuna (Ley 523/1999 de 22 de abril). Sostenía la máxima autoridad nacional que la recogida de datos personales constituía en sí misma un tratamiento que convertía a los Testigos en responsables del tratamiento realizado.

La comunidad de Testigos de Jehová recurrió la resolución antes el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Helsinki⁵⁴⁹ que estimó su anulación. Ante esto, el Supervisor recurrió ante el Tribunal Supremo de Finlandia, que finalmente optó por presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE. Esta cuestión aborda tres aspectos.

Por una parte, se cuestionaba si la recogida y tratamiento de datos durante la predicación puerta a puerta se enmarca en las materias excluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. El TJUE entiende que tal actividad si queda comprendida dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos, entre otras razones porque las actividades expresamente excluidas son propias del Estados o de las autoridades estatales y por tanto ajenas a la esfera de los particulares. El Alto Tribunal considera que la manifestación de fe del predicador no le otorga carácter exclusivamente personal a la misma.

Por otra parte, se cuestionaba por el TS finlandés si la recopilación de datos ejercitada por la comunidad religiosa podía considerarse o no como fichero a los efectos de la normativa europea (y por ende, nacional finlandesa). El TJUE viene a afirmar que no es preciso cumplir ningún requisito en cuanto a la forma para considerar un fichero como tal, indicando que lo verdaderamente esencial es analizar la finalidad para la que se recaban los datos. Es decir, la técnica no es lo importante sino la interpretación amplia del concepto de fichero y su objetivo. Por lo tanto, el Tribunal considera que la recopilación de datos realizada por la comunidad religiosa si tiene la consideración de fichero a los efectos de la normativa sobre protección de datos.

⁵⁴⁹ Sobre este particular puede consultarse el artículo de BARCELÓ, J.: “Protección de datos en una comunidad religiosa: Sentencia TJUE 10 de julio”, publicado en <http://www.complia.es/blog/proteccion-de-datos-en-una-comunidad-religiosa-sentencia-tjue.html> (último acceso 30-9-19).

Por último se interpeleaba sobre si los Testigos de Jehová aludidos por este caso tenían la consideración de responsables del tratamiento de datos personales recabados durante la predicación o si solo podían tener esa condición si adoptan determinadas medidas específicas. En tal sentido el Tribunal estima que los objetivos propios influyen en el tratamiento dado a los datos personales que además determinan fines y medios del tratamiento. Considera, siguiendo este hilo argumental, que el concepto de responsable del tratamiento comprende a personas físicas y jurídicas, que de forma individual o colectiva, determinen tales fines y medios de tratamiento.

En conclusión, ante la duda planteada sobre la naturaleza de los datos recogidos (“para elaborar una agenda de direcciones, en particular en la medida en que pueden ser datos sensibles y recopilarse en relación con personas” a quienes los miembros de la comunidad religiosa no conocen), habida cuenta de la precisión posteriormente aportada por el considerando 18 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46, consideramos que la Sentencia comentada viene a conciliar la petición del Alto Tribunal finlandés que consideraba preciso establecer un equilibrio entre, por una parte, el derecho fundamental al respeto de la vida privada y, por otra parte, la libertad religiosa (predicación), no menos fundamental. Al tiempo que se refuerza el criterio que garantiza la protección de datos personales en la Unión y la privacidad como un derecho fundamental.

3.4 La figura del *whistleblower* en el marco jurídico internacional de la protección de datos y del intercambio de información tributaria.

La importancia de la protección de datos es tal en la esfera comunitaria que en materias donde no existe demasiada tradición ni regulación, tal y como señalamos en el capítulo I de este trabajo, nos encontramos con una figura reglada: la del delator o *whistleblower*⁵⁵⁰.

Tal es la importancia del informante a la hora de conocer y revelar las actuaciones ilegales internas de empresas y personas físicas que el asunto es abordado por el SEPD.

⁵⁵⁰ Aunque el término en inglés puede traducirse como delator o denunciante anónimo, la traducción más ajustada, al menos desde el ámbito penal, podría ser la de confidente o informante.

La clave estriba en preservar los datos personales estrictamente necesarios en la actuación por la que se comunica el fraude, corrupción o las actuaciones erróneas de las corporaciones.

Como documento de referencia el SEPD publicó las llamadas “Líneas maestras del procedimiento para procesar información procedente del *whistleblower*”⁵⁵¹. El Supervisor europeo advierte de que las instituciones comunitarias están obligadas a clarificar el estatuto legal del *whistleblower*.⁵⁵²

El criterio de confidencialidad en la revelación de información cobra en este entorno especial relevancia porque el sigilo debe compatibilizarse con la adecuada protección de los datos que atañen a la persona o empresa revelada. Para centrar la información, habrán de procesarse tan sólo los datos imprescindibles. En algunos casos será necesario aplazar la información para evitar que la revelación se lleve a cabo antes del momento oportuno y conduzca con éxito al final de proceso.

De cualquier manera, los derechos de acceso a la información del propio *whistleblower* y del acusado deberán equilibrarse, evitando vulneraciones por ambas partes, que generen indefensión, pero sin que ello se traduzca en una merma en la investigación. La custodia de la información revelada se torna decisiva para el buen fin de proceso y para la seguridad del comunicante.

En términos evolutivos, la regulación sobre esta figura anglosajona ha sufrido un vuelco notable tras la publicación y próxima entrada en vigor de la Propuesta de Directiva europea sobre el informante protegido, que a nuestro juicio supone un cambio de

⁵⁵¹ Guidelines on processing personal information within a whistleblowing procedure (July 2016) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=ES>, (último acceso 22-12-16).

⁵⁵² En el documento citado el Supervisor señala que el marco legal para el *whistleblower* relacionado con el personal o staff de la UE lo determinan los artículos 22a, 22b y 22c del *Staff Regulations* y que pueden consultarse en http://ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_en.pdf, (último acceso 23-12-16). El mecanismo consiste, cuando hay evidencias de actividades ilegales, en remitir directamente un escrito a la OLAF y desde ese momento la información sensible que en ese escrito se contiene comienza la preocupación por el deber de seguridad y confidencialidad de los datos tratados. La protección de la identidad de la persona que aporta o revela datos es clave para el éxito del proceso y la perfección del mecanismo. La protección debe extenderse a la persona que es acusada y contener tan solo información relevante al caso (detalles sobre la vida privada, familiar o la salud pueden ser considerados según el caso irrelevantes y deben ser devueltos a la fuente que los reveló, no registrándose los mismos en expediente alguno).

paradigma en la mentalidad europea⁵⁵³. Así, el 23 de abril de 2018 la Unión Europea (UE) publicó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (2018/0106 COD).

El texto parte de la premisa de la inexistencia hasta la fecha de una regulación comunitaria en materia de denuncias y denunciantes (*whistleblowers*) por actividades ilícitas o abuso de mercado que puedan acarrear graves perjuicios al interés público.

Ciertamente, hasta el momento, puede constatarse una falta de protección eficaz de los denunciantes y de sus derechos fundamentales a la libre expresión así como la libertad de los medios de comunicación, asuntos consagrados en el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

La débil y sobre todo dispersa protección a los denunciantes a lo largo del territorio de la UE presenta diversas problemáticas que la propuesta normativa objeto de análisis pretende paliar.

En primer término, la propuesta parte del hecho de que la UE detecta un alto grado de fragmentación que origina inseguridad en los posibles denunciantes, y que en numerosas ocasiones genera un efecto disuasorio en la conducta final del denunciante. De hecho, las personas que informan sobre amenazas o perjuicios para el interés público en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión. Los denunciantes requieren protección jurídica específica cuando obtienen y transmiten información, ya que corren el riesgo de sufrir represalias en su trabajo. Concurren por tanto razones, entre otras, relativas a la vulnerabilidad económica y laboral de quien denuncia.

En segundo lugar, otro de los avances que se pretenden aportar es una mejora de la transparencia empresarial, asunto que preocupa sobremanera a las autoridades comunitarias encargadas de velar por un correcto funcionamiento del mercado único y la competencia leal.

⁵⁵³ Hemos abordado el estudio de esta reciente regulación en CORONAS VALLE, D.: “La nueva figura del informante protegido en la legislación europea: Evolución y Desafíos: Canales de Denuncia, Cumplimiento Normativo e Instituciones Financieras”, en Revista La Ley Mercantil, núm. 52, Ed. Wolters Kluwer, noviembre, 2018.

En conexión con esto, las medidas de la Comisión persiguen, al tiempo, una fiscalidad europea más justa, eficaz y transparente. Puede afirmarse que esta propuesta de Directiva actúa por tanto como complemento de la cooperación tributaria internacional canalizada a través de instrumentos como las Directivas de Ahorro (en sus diferentes versiones) y, más en concreto, en la aplicación del Estándar Común de Intercambio de Información Tributaria conocido internacionalmente como CRS. Estas iniciativas se conectan, a su vez, con la regulación nacional, europea e internacional sobre Prevención en Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo. Esencialmente nos referimos a la IV Directiva sobre Blanqueo (2015/849) y las Directivas 2011/16 y 2014/107 sobre intercambio de información tributaria entre Estados.

La Propuesta normativa entra en terreno programático cuando alude al diálogo social como garantía de una información eficaz, protegiendo en tal sentido los puestos de trabajo en Europa y las necesidades de sus trabajadores y empresas. En definitiva se trata de lo que con acierto el parlamentario europeo Ramón JÁUREGUI define como “evitar el *dumping* social en nuestra Europa”⁵⁵⁴.

En efecto, se considera que los trabajadores deben ser consultados sobre los procedimientos internos de denuncia de infracciones que incluso pueden ser incluidos en los correspondientes convenios colectivos.

Como es habitual en la normativa comunitaria de nuevo cuño, dos principios alumbran la aplicación de un nuevo texto para superar barreras y dificultades interpretativas.

Por una parte, el principio de subsidiariedad por el que se prevé que persista la fragmentación de la protección a nivel nacional y se constata que la protección de los denunciantes no puede llevarse a cabo si los Estados actúan en solitario o de forma descoordinada.

Por otra, el principio de proporcionalidad en la aplicación del Derecho de la Unión, situando al mismo como un marco mínimo de protección dejando a los Estados la posibilidad de introducir medidas más favorables a los derechos de los denunciantes siempre que no interfieran con las medidas para la protección de los interesados.

⁵⁵⁴ JÁUREGUI, R.: Conferencia de Clausura pronunciada en el Curso de Verano de la Universidad de Málaga, Marbella, julio 2017.

En otras palabras, estamos frente a una propuesta de Directiva de armonización mínima para explotar las capacidades de la denuncia como mecanismo de aplicación del Derecho de la UE.

Otro catalizador a la hora de publicar una regulación sobre las denuncias deriva de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión (art. 10 Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁵⁵), así como la Recomendación de 2014 del Consejo de Europa sobre protección de denunciantes y buenas prácticas internacionales.

El capítulo II de la Directiva denomina “cauce interno” a todo canal que permita tramitar una denuncia interna sobre una supuesta infracción del Derecho comunitario. Estos cauces deben garantizar la confidencialidad de la identidad del informante como elemento clave para su protección. Otro aspecto a considerar es el plazo razonable en la respuesta que debe asumir el órgano interno que recibe la denuncia así como el procedimiento de remisión externa a las autoridades competentes en el asunto.

En el capítulo IV se obliga a que los informantes tengan razones fundadas para creer que la información comunicada sea cierta en el momento de la denuncia. De hecho, el cauce interno debe constituir un primer paso obligatorio en el camino de la denuncia, pudiendo ser los medios de comunicación un recurso alternativo frente a la incapacidad de los primeros.

Como se ha señalado, la propuesta expresa su preocupación por las represalias internas que pueda sufrir el denunciante elaborando para ello un catálogo no exhaustivo (art. 14) de conductas en tal sentido. La norma propone una vinculación estrecha de causa y efecto entre la denuncia y el trato desfavorable, sufrido directa o indirectamente por el informante y que motiva la protección jurídica. Así el art.16 es inequívoco al señalar

⁵⁵⁵ Art. 10 Libertad de expresión

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

que los afectados por las denuncias deben disfrutar de sus derechos y, significativamente, el de la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

El régimen jurídico de la nueva Directiva se completa con la alusión, en este caso muy determinante, a la protección de los datos personales tanto del denunciante como del denunciado. Resulta oportuno recordar la aplicación del nuevo régimen contenido por el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD 2016/679) que ha venido a incentivar la protección de los datos de los ciudadanos europeos, dotándoles de potentes instrumentos con los que gestionar y denunciar abusos cometidos por las empresas que operan en territorio europeo cualquiera que sea su origen o ubicación.

De especial relevancia consideramos el tratamiento que se confiere al sector financiero y al valor de las denuncias en el mismo. Precisamente, como atinadamente recuerda la introducción de la Directiva, la crisis financiera puso de relieve graves deficiencias en la aplicación de normas comunitarias y se introdujeron normas sobre el acceso a la actividad de las entidades de crédito y empresas de inversión (Directiva 2013/36/UE⁵⁵⁶). Estas fueron concretadas por las insertas en el Reglamento UE 575/2013⁵⁵⁷ sobre requisitos prudenciales de las entidades de crédito y empresas de inversión.

Curiosamente, este periodo de crisis es el que origina, así mismo, normas que refuerzan el intercambio de información tributaria, entre los que destacan el CRS que ya hemos examinado, como medio para paliar la evasión y la elusión fiscal y consiguientemente la lucha contra el fraude fiscal en todas sus vertientes. En concreto, se mencionan la competencia fiscal desleal de las empresas que socavan el presupuesto comunitario mediante el empleo de subterfugios fiscales como los paraísos y los vehículos de inversión y de baja o nula tributación.

Otros sectores productivos a los que se dedica atención expresa son el de la comercialización de productos en el mercado interior, la seguridad en el transporte, los delitos medioambientales, la cadena alimentaria, la seguridad nuclear, la salud pública,

⁵⁵⁶ Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE Texto pertinente a efectos del EEE. DOUE de 27 de junio de 2013.

⁵⁵⁷ Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 Texto pertinente a efectos del EEE. DOUE de 27 de junio de 2013.

el derecho de los consumidores y la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier actividad que afecte a los gastos de la Unión.

La regulación propuesta contiene una mención a la seguridad nacional y la información clasificada por los Estados miembros y por la propia UE. Se trata de crear un espacio donde la denuncia fluya sin perjuicio de sectores que requieren estratégicamente una mayor protección en razón de la materia.

Desde el plano subjetivo, es notable el esfuerzo del texto por completar una definición de “trabajador” y su libre circulación, tal y como lo conceptúa el art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), interpretado según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) al indicar que se trata de una persona que realiza durante un cierto tiempo, en favor de otra, y bajo dirección de esta, ciertas prestaciones por las cuales percibe remuneración. Se incluye así a trabajadores en relaciones atípicas, tales como los “a tiempo parcial” o de duración determinada, cuya protección contra un trato injusto suele plantear dificultades prácticas.

En nuestra opinión, la propuesta de ampliar la protección a ciertas categorías de personas físicas o jurídicas que no son trabajadores *strictu sensu* en el sentido clásico del término, como los proveedores, los consultores, los accionistas y quienes ocupan puestos directivos, resulta novedosa y hasta cierto punto revolucionaria, ya que, salvo en ciertas regulaciones específicas, no eran objeto de atención al respecto.

Desde el plano objetivo, la naturaleza de la protección brindada encuentra su razón de ser en la salvaguarda de la libertad de expresión y de la libertad de los medios de comunicación. La citada protección ha de recaer sobre quienes notifiquen acciones u omisiones en una organización interna o ante una autoridad externa al tiempo que sobre quienes actúen haciendo pública la denuncia directamente a través, por ejemplo, de redes sociales o canales públicos establecidos al efecto.

Nos parece acertada la protección al llamado “Cuarto Poder”, el de la Prensa, dentro de una sociedad democrática. En tal sentido, la propuesta normativa consagra el importante papel que el denunciante desempeña en el periodismo de investigación y el derecho a que los medios lo utilicen, tras el lógico contraste de la fuente.

Se producen algunas menciones a las especialidades de ciertas Agencias de la UE que ya funcionan mediante el mecanismo de la denuncia y el informante protegido. En

concreto, se alude a los cauces ya establecidos en la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), la Agencia Europea del Medicamento (EMA) o la Agencia Europea de la Seguridad Aérea (AESA). Todas establecen un régimen de confidencialidad sobre la identidad del informante que no se ve afectado por el texto propuesto, que ahora comentamos.

La propuesta de Directiva además consagra un criterio de razonabilidad, que debe ser destacado por su prudencia y aplicabilidad en el futuro. Nos estamos refiriendo a empresas del sector privado y sus obligaciones de establecer cauces internos de forma proporcional a su tamaño y nivel de riesgo sectorial en relación al interés público. Es evidente que esta Directiva obligará a numerosas empresas de diversos sectores a implantar un canal de denuncias, pero su gestión no será eficaz ni aportará beneficios a los ciudadanos si por una parte se adecúa a los fines de la propia empresa y por la otra tiene en cuenta los costes de su implantación.

Se entiende que la regulación propuesta atañe a todas las empresas de cualquier sector consideradas medianas o grandes. Al hilo de esta aclaración, destaca la especialidad, dentro del sector de servicios financieros⁵⁵⁸, la excepción a la exención de las pequeñas y medianas empresas o microempresas del deber de establecer un cauce interno de denuncias. La razón de ser estriba en que por la cualificación y dificultad sus obligaciones deben ser tratadas con mayor rigor, con independencia del tamaño del operador.

Los procedimientos internos establecidos han de permitir a las empresas investigar las denuncias de sus empleados, tanto de la matriz como empresas filiales del grupo en cuestión, y como se ha dicho, posibilitar tal investigación cuando la procedencia de la denuncia sea de algún agente o proveedor del grupo o persona relacionada que posea información debido a sus actividades laborales con la empresa o filial. Se abrirá así un proceso no del todo para ubicar la persona y equipo que recibirá las denuncias y las tramitará. En cualquier caso, los Departamentos de Cumplimiento Normativo son los primeros llamados a la gestión de estas actividades partiendo siempre de la ausencia de

⁵⁵⁸ Al hilo de esta razonamiento considérese lo expuesto en páginas anteriores sobre la idea de proporcionalidad. Es preciso conjugar tamaño de la empresa y grado de protección con importancia del sector en cuestión.

conflictos de interés y asegurando la independencia como rasgos consustanciales al Cumplimiento en sí mismo.

Para que el procedimiento de denuncia tenga éxito y responda a la calidad y transparencia exigidas, la propuesta de Directiva señala un plazo de tres meses para la resolución de la denuncia; se trata de un plazo en total, lo que nos da idea de la agilidad de la que se pretende dotar al mecanismo y al circuito interno de denuncia y resolución. Es lógico pensar que para cumplir con tan exigente calendario las organizaciones empresariales van a requerir una dotación presupuestaria extra (básicamente recursos técnicos y personal de gestión especializado).

Pormenorizadamente la propuesta de Directiva se compone de veintitrés artículos expuestos a lo largo de cinco capítulos.

Los tres primeros determinan el ámbito objetivo y subjetivo del texto y puntualizan las definiciones (art.3).

Las exigencias previstas y los procedimientos internos de denuncia se desganan a lo largo del art. 4, cuyo apartado 3 recoge las entidades jurídicas del sector privado que se ven afectadas por la nueva regulación propuesta.

Tres serían los tipos de empresas:

1. Aquellas con cincuenta o más empleados;
2. Aquellas con un volumen de negocio o balances anual igual o superior a 10 millones de euros;
3. Aquellas, de cualquier dimensión, que actúen en el ámbito de los servicios financieros, o que sean vulnerables al blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Las características técnicas de la denuncia interna (electrónica o papel) así como su contenido aparecen a lo largo del art.5. El diseño de los cauces internos se desglosa en el art. 7 donde aparece una singularidad en su apartado 1 al citar como modalidad de denuncia tres opciones: formato electrónico o papel, denuncia oral vía telefónica grabada o no, y, finalmente la reunión física con personal específico de la autoridad competente. De la norma deducimos que deben convivir y poder ofrecerse al

denunciante todas estas opciones simultáneamente. Sin duda, estas opciones generan importantes retos técnicos de cara a la prueba de las denuncias, pues al menos en la mayoría de sectores regulados se está habituado solo a trabajar con denuncias escritas.

Quizás uno de los aspectos de mayor interés radique en el art.9, que se ocupa del procedimiento aplicable a las denuncias externas. Dado que la resolución de las mismas recae en la Autoridad competente, ésta podrá requerir al informante aclaraciones sobre la naturaleza de la información facilitada o ampliaciones de la misma. Señala, así mismo, un plazo “no superior a tres meses o seis en casos debidamente justificados” para contactar con el informante sobre la tramitación de la denuncia. Simultáneamente se vela por la confidencialidad, regulándose situaciones excepcionales en que la misma decaiga en procesos judiciales o para salvaguardar las libertades de terceros.

Dado que en cada Estado debe existir una Autoridad competente, será esta la encargada de publicar con claridad las condiciones y direcciones bajo las cuales los informantes pueden optar a protección según este texto comentado. Toda la información sobre denuncias ha de ser registrada por dicha Autoridad competente según el procedimiento descrito en el art. 11, que constituye un repositorio que agrupa las denuncias y sus trámites según la naturaleza de la misma (escrita, electrónica o en grabación de voz). Debido al elevado nivel de protección que se pretende conceder al informante, se prevé que en ciertas situaciones extraordinarias no se le remita acuse de recibo de la comunicación, para mantener así protegida su identidad.

Es habitual que se establezca un periodo de revisión de los procedimientos administrativos en el ámbito comunitario como en este caso pero no lo es tanto que se señale como fuente de inspiración de tal revisión la experiencia y las mejores prácticas de otras autoridades competentes. Nos parece acertada, pese a lo indefinido de la regulación, la opción de poder aplicar prácticas de éxito para un cumplimiento eficaz de la regulación. Todo ello redundará, *in fine*, en el ciudadano. Para recibir la protección que la propuesta de Directiva dispone se exigen los requisitos típicos, a saber: la información debe ser veraz, la denuncia se debe haber cursado previamente a nivel interno y/o haber sido desestimada.

Las formas de represalias prohibidas se hallan enumeradas en el art. 14 y abarcan desde el despido, suspensión o cambio de puesto a la discriminación laboral o la pérdida de derechos económicos del trabajador.

El art. 15 es uno de los más trascendentes al expresar las actuaciones que los informantes pueden esperar de las Autoridades para su protección personal.

En tal sentido, la revelación de información no se considera infracción laboral si se efectúa al amparo de esta nueva Directiva (art.15.4) y en los procesos judiciales se invierte la habitual carga de la prueba, ya que el empleador ha de demostrar que el cambio en el puesto de trabajo de denunciante no se ha producido como consecuencia de la denuncia, sino por motivos debidamente justificados. Entre otras medidas, se garantiza asistencia jurídica gratuita a los informantes en caso de procesos penales o civiles transfronterizos.

Los procedimientos y garantías de los art. 9 y 11 deben aplicarse a los “interesados” (tal y como el texto denomina a los denunciados).

Finalmente en el apartado sancionador tenemos el art. 17 que atribuye a los Estados miembros tal potestad de cara a las personas físicas y jurídicas. Las sanciones deben ser eficaces y proporcionadas y estar orientadas a la disuasión de la represalia sobre el informante. Por último, la propuesta de Directiva establece, como es obvio, un plazo de transposición, que lógicamente podría sufrir alguna modificación dependiendo del tiempo transcurrido hasta su aprobación definitiva, que en principio se ha fijado para el 15 de mayo de 2021.

3.5 La relación entre el intercambio de datos tributarios y la financiación del terrorismo.

Tras haber analizado a lo largo de los capítulos precedentes el intercambio de información en sus diversas modalidades, desde la génesis del mismo, y una vez comprobadas las evidentes conexiones mostradas por los presupuestos de partida con respecto al blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, en este epígrafe desarrollaremos la aportación del intercambio de datos tributarios en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal (así como otros delitos financieros).

Nuevamente mantendremos un enfoque mixto y paralelo entre la legislación internacional y la legislación interna española, comprobando la lógica influencia de la primera sobre la segunda y la adaptación de ésta al respecto.

Nuestra Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo es programáticamente un buen punto de partida y ya en su propio título nos aporta una idea de la conexión entre ambas materias⁵⁵⁹.

El art. 1 ya no pone en situación sobre el objetivo de la presente Ley al declarar que “tiene por objeto la protección de la integridad del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica mediante el establecimiento de obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”.

Es obvio que el legislador percibe la necesidad de conservar un sistema financiero robusto y saneado que no permita la entrada de elementos ilícitos en el circuito económico alterando el normal funcionamiento del mismo y permitiendo el enriquecimiento injusto tras la comisión de un delito⁵⁶⁰.

Por ello el art.1.3 establece que:

“A los efectos de la presente Ley, se entenderá por financiación del terrorismo el suministro, el depósito, la distribución o la recogida de fondos o bienes, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Código Penal.

Se considerará que existe financiación del terrorismo aun cuando el suministro o la recogida de fondos o bienes se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado”.

⁵⁵⁹ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. BOE núm. 103 de 29 de abril de 2010. Respecto al resto del marco normativo puede consultarse, a mayor abundamiento, <https://www.sepblac.es/es/sobre-el-sepblac/transparencia/marco-normativo-y-regimen-juridico>, (último acceso 25-9-19).

⁵⁶⁰ En este mismo orden de cosas, y aunque se tratan en el capítulo IV, conviene recordar el creciente empleo por parte del terrorismo y del blanqueo de capitales, en general, de las conocidas como criptomonedas o criptodivisas. Su auge es fácil de explicar: Junto a su hábitat natural (internet) el anonimato y la inexistencia de un mercado regulado oficial que permita sus transacciones configuran sus rasgos característicos. La cotización de las criptomonedas más conocidas como Bitcoin, Ethereum o Ripple (www.coinmarketcap.com) ha experimentado en el trienio 2016-2018 un notable incremento de su capitalización así como su volumen de negocio. Atendiendo a sectores de uso el trading y la inversión concentran el 40% de las operaciones en todas las criptodivisas en general manteniendo el pago de deudas y la venta de bienes cifras inferiores al 20% del volumen global de operaciones. El desarrollo de la tecnología blockchain puede reforzar y facilitar el uso de las criptodivisas. En consecuencia se produce una creciente atención de reguladores y autoridades tributarlas sobre las mismas.

Un postulado tan rotundo como este define con precisión el ámbito del terrorismo de cara a una aplicación rigurosa por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, pertinentemente supervisado por el poder judicial.

Para la esfera de la banca es relevante el art. 23 que exime de responsabilidad a los empleados y directivos de banca que actúan en cumplimiento de esta legislación si bien tal exoneración rotunda no se ha promulgado por el momento en el ámbito de aplicación del intercambio automático de información tributaria.

Por su parte el art. 32.2 se interesa específicamente por la protección de datos de carácter personal al asegurar:

“2. No se requerirá el consentimiento del interesado para el tratamiento de datos que resulte necesario para el cumplimiento de las obligaciones de información a que se refiere el Capítulo III.”

Los órganos centralizados de prevención a los que se refiere el artículo 27 tendrán la condición de encargados del tratamiento a los efectos previstos en la normativa de protección de datos de carácter personal. Serán de aplicación a los ficheros a los que se refiere este artículo las medidas de seguridad de nivel alto previstas en la normativa de protección de datos de carácter personal. Este artículo delimita unas reglas de obligado cumplimiento para datos y ficheros que han sido recabados en el marco de la lucha contra el blanqueo y terrorismo, concediendo que la LOPD constituye un punto de partida, no aplicable a determinados casos previstos por la propia Ley, como son la comunicación de una actividad sospechosa de delito entre empresas del mismo grupo financiero.

En resumen, la Ley10/2010 no rompe la generalidad del marco nacional de protección de datos en lo referente a comunicación de operaciones sospechosas.

Por su parte, el art. 33 señala que cabe el intercambio de información entre sujetos obligados precisamente para evitar las actividades ilícitas (deber de colaboración podría llamarlo). Se trata de un intercambio donde no se aplican las reglas generales de protección de datos como nos recuerda el punto 5⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Art. 33.5: Intercambio de información entre sujetos obligados y ficheros centralizados de prevención del fraude.

El art. 37⁵⁶² habilita el intercambio internacional de información (deber de cooperación como tal y se cita expresamente el ámbito de la Unión Europea) aunque puede trascender este. Este precepto es completado por el art. 48 bis⁵⁶³ sobre el respeto a los intercambios de información en el campo de la Prevención del Blanqueo y los Tratados internacionales firmados para impedir tales actividades.

En clave internacional, antes de analizar las conexiones entre el terrorismo y su financiación y la influencia que el intercambio de información pueda tener al respecto, debemos señalar la dificultad existente para encontrar un concepto unívoco de terrorismo. Como ha señalado ESCRIBANO ÚBDEA-PORTUGUÉS,⁵⁶⁴ la doctrina no es pacífica al respecto, ya que se percibe una tensión entre la definición de terrorismo y los movimientos de liberación nacional.

Como ha demostrado el informe internacional elaborado por DANDURAND y CHIN⁵⁵⁵, existen numerosos ejemplos de los vínculos entre el terrorismo y otras formas

“5. No será de aplicación a los intercambios de información previstos en este artículo lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 en lo referente a la exigencia de consentimiento del interesado, el deber de información al mismo y el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Serán de aplicación a los tratamientos derivados de las comunicaciones previstas en este artículo las medidas de seguridad de nivel alto previstas en la normativa de protección de datos de carácter personal.”

⁵⁶² Art. 37: Intercambio de información.

“La información obtenida a partir de la declaración establecida en el artículo 34 o de los controles a que se refiere el artículo 35 podrá transmitirse a las autoridades competentes de otros Estados. Cuando haya indicios de relación con el producto de un fraude o con cualquier otra actividad ilegal que perjudique a los intereses financieros de la Comunidad Europea, dicha información se transmitirá también a la Comisión Europea.”

⁵⁶³ Art. 48 bis: Cooperación internacional.

“1. La Secretaría de la Comisión, el Servicio Ejecutivo de la Comisión o los órganos supervisores a que se refiere el artículo 44, cooperarán por propia iniciativa o previa solicitud, con otras autoridades competentes de la Unión Europea siempre que sea necesario para llevar a cabo las funciones establecidas en esta ley, haciendo uso, a tal fin, de todas las facultades que la misma les atribuye. En el marco de esta cooperación se facilitará a las Autoridades Europeas de Supervisión la información necesaria para permitirles llevar a cabo sus obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

2. En el caso de autoridades competentes de terceros países no miembros de la Unión Europea, la cooperación e intercambio de información se condicionará a lo dispuesto en los Convenios y Tratados Internacionales o, en su caso, al principio general de reciprocidad, así como al sometimiento de dichas autoridades extranjeras a las mismas obligaciones de secreto profesional que rigen para las españolas. Esta redacción ha sido revisada por Real Decreto-ley 11/2018 de 31 de agosto.

⁵⁶⁴ ESCRIBANO UBEDA-PORTUGUES, J.: “Nuevos avances y retos en la lucha contra el terrorismo”, en Revista electrónica de Estudios Internacionales, núm. 17, junio 2009, www.reei.org/index.php/revista/num17/.../nota_ESCRIBANO_Jose.pdf, (último acceso 19-12-16).

de criminalidad, entre las que nos interesa a los efectos de esta tesis aquella que presenta facetas financieras como el blanqueo de capitales y los delitos económicos.

Las conductas relacionadas con el terrorismo y la criminalidad organizada son vasos comunicantes y caminos de doble dirección. Así, por ejemplo, son constantes las pruebas de que fondos del narcotráfico acaban financiando el terrorismo como lo son también que terroristas acaben formando parte de bandas criminales⁵⁶⁵.

En los últimos años, y significativamente desde 2010, las investigaciones policiales así como de los servicios de inteligencia de numerosos países, junto a los hallazgos de las Administraciones Tributarias, han puesto de manifiesto la utilización por parte de los terroristas, especialmente yihadistas, de las monedas virtuales. Se da un paso más, por lo tanto, en la utilización de internet, no solo como medio propagandístico de acciones terroristas sino, como cauce para obtener financiación, ocultando sus operaciones. En efecto, las criptomonedas son propicias para los infractores de la Ley dado que permiten mantener y transferir dinero sin una autoridad central que supervise y controle esos fondos. El uso de estas divisas es relativamente sencillo y por lo tanto comenzar a recibir *tokens* digitales⁵⁶⁶ sin aportar una dirección o un nombre es perfectamente posible⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ Podría ponerse a Colombia como ejemplo del primer supuesto y a los países del Sahel (Malí, entre otros) en el segundo supuesto. A modo de compendio puede resultar de interés el artículo publicado en la web de nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores “La amenaza terrorista” disponible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Terrorismo/Paginas/Terrorismo1.aspx>. De igual manera, una simple ojeada a la web del GAFI proporciona pistas sobre entornos, localizaciones geográficas y puntos conflictivos al respecto, que son objeto de necesaria atención por las autoridades policiales, tributarias y reguladoras. Un estudio más profundo, fuera del alcance de nuestra tesis es MUÑOZ SÁNCHEZ, O., PONTVIANNE, J. y ÁLVAREZ POSADA, S.: “El terrorismo en el escenario del post-acuerdo en Colombia”, Revista de Estudios en Seguridad Internacional, Vol. 5, No. 1, 2019, pp. 83-100. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18847/1.9.7> (último acceso 25-9-19).

⁵⁶⁶ Para una mejor comprensión de los orígenes y trascendencia de estas figuras, sustitutivas del dinero como instrumento de pago, puede acudir a CASASOLA DÍAZ, J.M.: “Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera” dentro de la obra “Comentarios a la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, LOPEZ JIMÉNEZ, J.M. (Coordinador), Ed. Bosch (Wolters Kluwer), Madrid, 2019, pp.329-336. El autor define al *token* “como un objeto o símbolo que representa un derecho que puede tener contenido económico” y están basados en elementos virtuales encriptados sin existencia física y centrados en un sistema de blockchain o registro electrónico distribuido que permite al usuario titular transmitirlo mediante unas claves correspondientes.

⁵⁶⁷ Resulta evidente, más allá de ser un tema mediático, que el uso de las criptomonedas por el terrorismo presenta facetas que hemos abordado a lo largo de este trabajo y consideramos que viene a ratificar la necesidad de estimular los cauces de cooperación internacional entre todo tipo de Administraciones públicas y operadores financieros con el fin de atajar este desafío.

El tiempo y las pruebas han ido dando la razón al Informe del Grupo de Alto Nivel (2004)⁵⁶⁸ “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos” donde solo catorce, de ciento noventa y tres países de NU, encontraban entonces pruebas que vinculasen crimen organizado con terrorismo internacional. Hoy ningún experto pone en duda tales vínculos como la desgraciada realidad ha demostrado, entre otros lugares, en Oriente Medio y Asia El contrabando y las bandas organizadas emplean sistemáticamente la *hawala*⁵⁶⁹ como sistema bancario informal beneficiándose de su tradicional funcionamiento.

El citado Informe pone su acento en demostrar, a través de las preguntas enviadas a más de cincuenta países, las nutridas relaciones entre el terrorismo internacional y el crimen organizado transnacional. Estados de los cinco continentes constatan tal vinculación así como la diversidad de actividades siempre lucrativas en que intervienen estas bandas y que redundan, antes o después, en actuaciones próximas al terrorismo de ramificación internacional ya sea por contrabando, tráfico de drogas, corrupción de funcionarios públicos, trata de blancas o tráfico de inmigrantes.

En esas mismas fechas la doctrina internacional ya apuntaba⁵⁷⁰ las inextricables conexiones entre crimen organizado y terrorismo. Autores como SANDERSON constatan como la misma se manifiesta en diferentes países. Así, por ejemplo, Alemania constata que el blanqueo de capitales es una fuente de financiación de grupos terroristas que incluye las donaciones canalizadas a través de fundaciones religiosas. Colombia ha encontrado vínculos entre actos terroristas y el blanqueo de capitales así como otros fraudes económicos.

En India los sistemas de transferencia de dinero como *hawala* sirven en algunos casos para ocultar la financiación de actos terroristas, llegando a influir en la cotización de la divisa la puesta en circulación de dinero falso.

⁵⁶⁸ Naciones Unidas: Informe del Grupo de Alto Nivel “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos” publicado en 2004, cuyo contenido puede encontrarse en http://www2.world-governance.org/IMG/pdf_complet_ES.pdf (último acceso 25-9-19). El Informe presenta una nueva visión de la seguridad colectiva, que abarca todas las principales amenazas a la paz y la seguridad internacionales presentes en el mundo.

⁵⁶⁹ Aunque se estudiara posteriormente esta figura, dentro de este mismo epígrafe, anticipamos que la *Hawala* permite transferir fondos o valores de un lugar a otro sin dejar rastro formal de la transacción o sin pasar por instituciones financieras formales.

⁵⁷⁰ SANDERSON, TM.: “*Transnational terror and organized crime: blurring the lines*”, SAIS Review XXIV, num. 1, Winter /Spring, 2004, pp. 49-61.

De la importancia de este fenómeno da fe el hecho de que los Estados Unidos de Norteamérica se vio abocado, en la década de los ochenta, a crear una agencia anti droga (*Drug Enforcement Agency, DEA*) para luchar contra el fenómeno y sus ramificaciones, siempre coordinadamente con otras agencias federales.

Desde finales de los noventa, coincidiendo con la caída del Muro de Berlín y el bloque comunista, aparecen grupos terroristas que trafican y atacan con material nuclear procedente del extinto bloque soviético.

Actualmente las tensiones en Irak, Afganistán, Libia y Siria han mostrado alarmantes ejemplos del posible empleo de armas químicas procedentes de diversos arsenales. La disposición que de estas, y otras armas, puedan hacer grupos terroristas como DAESH es sumamente preocupante, lo cual no es óbice para demostrar la estrecha conexión entre el narcotráfico y la financiación del régimen talibán en Afganistán o las probadas vinculaciones de ese narcotráfico y la financiación de los atentados de Madrid el 11-M de 2004⁵⁷¹.

En el inicio del nuevo milenio son numerosos los autores, como MAKARENKO que sugirieron⁵⁷² que los grupos criminales estaban incrementando su participación en actos terroristas para desestabilizar a las instituciones políticas nacionales. Podría afirmarse que terroristas y criminales aprenden recíprocamente. Efectivamente, el crimen organizado emplea el terror para interrumpir y torpedear las investigaciones del Estado, coartar a los jueces, intimidar a los agentes de la Ley y propiciar un entorno favorable a la perpetración de actividades criminales⁵⁷³ tal y como indican WILLIAMS y SAVONA. En conclusión, el terrorismo copia y se alimenta de la criminalidad organizada y viceversa, pero los flujos y la antigüedad de esta marcan una experiencia a tener presente en el estudio y la desarticulación de ambos fenómenos. Otra cuestión es que el impacto político, material y mediático del denominado terrorismo global, mega

⁵⁷¹ Sobre estas y otras conclusiones del fenómeno terrorista reciente resultan de interés los siguientes artículos: DE LA CORTE, L.: “¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?: parámetros generales y escenarios críticos”, Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos, núm.1, 2013, pp.151-172.

FUENTE COBO, I.: “La amenaza híbrida: yihadismo y crimen organizado en el Sahel”, Instituto Español de Estudios estratégicos, Documento de análisis n. 57, Madrid, 2014.

⁵⁷² MAKARENKO, T.: “The crime-terror nexus”, Ed. C. Hurst&Co, London, 2004.

⁵⁷³ WILLIAMS, P. y SAVONA, E.: “Introduction: problems and dangers posed by organized crime in the various regions of the world”, Transnational Organized Crime, vol. 1, núm 3, 1995.

terrorismo en palabras de CALDUCH⁵⁷⁴, haga aconsejable conferirle una atención y prevención relevantes.

Resulta evidente que la cooperación internacional, ante un fenómeno como este, es no solo necesaria, sino el único camino eficaz para detener y paliar este fenómeno de nuevo estado de guerra. Los tratados internacionales, que hemos expuesto en epígrafes previos, se enmarcan en esta línea, de la que el intercambio tributario tiene su faceta.

A grandes rasgos, en el plano internacional, podemos citar hitos relevantes:

- La Convención de NU contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁵⁷⁵(2000) así como la Convención de NU contra la Corrupción⁵⁷⁶ (2003);
- La Resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad de NU⁵⁷⁷ que permite aplicar sanciones financieras al régimen afgano de los talibanes.
- La Resolución 2482 (2019) del Consejo de Seguridad de NU⁵⁷⁸ sobre las conexiones entre terrorismo y delincuencia organizada, su financiación y la necesidad de cooperación internacional que intensifique el oportuno intercambio de información operacional para combatir estos fenómenos.
- El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo⁵⁷⁹(1999).
- Los Estándares internacionales enunciados por el GAFI.

⁵⁷⁴ CALDUCH CERVERA, R.: “La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional”, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. LIII, 2001, pp. 173-202.

⁵⁷⁵ El texto ratificado por España puede encontrarse en el BOE núm.233 de 29 de septiembre de 2003, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18040> (último acceso 6-9-19).

⁵⁷⁶ El texto ratificado por nuestro país se encuentra en el BOE núm. 171 de 19 de julio de 2006, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-13012 (último acceso 6-9-19).

⁵⁷⁷ Disponible en <https://www.un.org/securitycouncil/es/sanctions/1267> (último acceso 6-9-19).

⁵⁷⁸ Disponible en <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/resolutions-adopted-security-council-2019> (último acceso 6-9-19).

⁵⁷⁹ El texto ratificado por nuestro país se encuentra en el BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2002, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-9850> (último acceso 6-9-19)

De la citada Resolución 2482 de 2019, con nítido carácter de compendio, se desprenden algunos aspectos singulares para nuestro estudio:

- Señala a DAESH y Al Qaida como grupos terroristas conspicuos;
- Destaca la importancia de una buena gobernanza y la necesidad de luchar contra la corrupción, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo aplicando los instrumentos jurídicos al uso;
- Solicita a los Estados que intensifiquen sus esfuerzos en cooperación internacional y regional en lo tocante al tráfico de estupefacientes como elemento de indudable conexión como recurso financiero de los grupos terroristas;
- Pretende que los Estados fortalezcan la cooperación fronteriza con un mayor intercambio de información, que alude al tiempo a las autoridades públicas y a las entidades privadas.

En la esfera de ONU⁵⁸⁰, numerosos son los Convenios contra el terrorismo, experimentando estos un auge e interés notables tras los atentados de 11-S, que vuelven a aparecer aquí como fecha catalizadora de actuaciones políticas y legislativas por la magnitud y la personalidad de los objetivos atacados⁵⁸¹.

La creación del GANUT, como grupo asesor sobre terrorismo en UN, es consecuencia directa de los citados atentados y un primer paso de constatación de la importancia y magnitud que la comunidad internacional percibió no solo en los propios atentados sino de la complejidad de una nueva era en la lucha contra el fenómeno terrorista de cuño islámico radical.

Aunque ya hemos constatado la falta de sintonía o acuerdo internacional sobre una definición de terrorismo, sí parece que la nota característica de una finalidad política sea la distintiva sobre estos grupos criminales organizados. De tal suerte, los documentos

⁵⁸⁰ Buena parte del desarrollo legislativo sobre la materia puede rastrearse en el documento del UNODC titulado “El marco jurídico universal contra el terrorismo” disponible en https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module%202/Module_2_Spanish.pdf (último acceso 25-9-19).

⁵⁸¹ REINARES NESTARES, F.: “Terrorismo global”, Ed. Taurus, Madrid, 2003. CALDUCH CERVERA, R.: Op. Citae.

previos al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999⁵⁸², aluden a un concepto de terrorismo como acto caracterizado por sus fines políticos que atenta contra personas y cosas, causando el terror en la población civil.

Algún sector doctrinal ha querido ver en el citado Convenio de 1999 una definición de terrorismo, si bien, a nuestro juicio, la más acertada es la que aporta el profesor REMIRO BROTONS⁵⁸³ al señalar que estaríamos ante “la aplicación de la violencia a la población civil de forma indiscriminada con el fin de mediante el terror, satisfacer objetivos políticos en el marco de las relaciones internacionales”.

En cualquier caso, tanto el terrorismo como la delincuencia organizada mantienen vínculos en cuanto a sus medios de financiación tal y como ha percibido HINOJOSA⁵⁸⁴.

Resulta patente que la globalización, en su vertiente económica, ha propiciado, mediante la liberalización de capitales y las oportunidades que ofrece la informática, el movimiento masivo de capitales y transacciones financieras que las organizaciones terroristas han sabido utilizar para conseguir sus objetivos. En consecuencia, los Estados deben actuar coordinadamente para atajar esa utilización ilegal de esas ventajas. Se precisa pues un enfoque a todos los niveles posibles (multinivel) que combata la delincuencia organizada internacional, y que tiene en la congelación de fondos, como propone ESCRIBANO ÚBEDA, un instrumento clave. La congelación de fondos nos conecta con blanqueo de capitales, al que los terroristas recurren para ocultar los fondos utilizados.

A la vista de este argumento nos resulta redundante, por tanto, insistir en la necesidad de contar con información automática y fiable (que cuente además con la garantía de derechos de las personas afectadas) a la hora de tomar decisiones trascendentes al respecto como la mencionada anteriormente.

⁵⁸² El texto del Convenio y su ratificación por nuestro país pueden consultarse en el BOE núm. 123 de 23 de mayo de 2002, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-9850> (último acceso 25-9-19).

⁵⁸³ REMIRO BROTONS, A.: “Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden”, REDI, 2001, núms. 1 y 2, pp. 125 y ss.

⁵⁸⁴ HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: “La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas”, Tecnos, Madrid, 2008.

Desde el Congreso de Naciones Unidas, celebrado en Bangkok en 2005⁵⁸⁵, queda de manifiesto la internacionalidad del fenómeno del terrorismo en conexión con el crimen organizado⁵⁸⁶. La expansión del fenómeno y sus ramificaciones hace imprescindible la colaboración internacional entre Estados. Sin embargo, lo más interesante, a nuestro juicio, es comprobar que los entornos de pobreza y miseria, extrema en algunos casos, son caldo de cultivo de extremismos políticos y religiosos, que inteligentemente aprovechados nutren las filas del terrorismo y los grupos delictivos. En este sentido, en el citado Congreso se constataron los nexos y necesidades que terroristas y criminales comparten (documentación falsa, armas, etc.), centrados en la conveniencia y no en los objetivos, como ya hemos indicado. De hecho, se relató cómo los grupos terroristas empleaban el tráfico de armas, personas o drogas como vía de financiación sin dejar de lado el blanqueo de capitales o la corrupción.

No debe por tanto sorprender, una vez conocidos estos datos, la participación y utilización de todos los mecanismos posibles, que la hidra terrorista adopte diferentes cabezas. Las diferentes opciones resultan cauces útiles para causar el mayor terror posible.

Hoy, como ha señalado MATEOS MARTÍN⁵⁸⁷, el blanqueo de capitales se constituye como una empresa del crimen organizado y la globalización dificulta su persecución.

Importantes han sido los cambios acontecidos en la evolución de la normativa anti blanqueo desde el Convenio de Viena en 1988⁵⁸⁸. Su gran aportación fue obligar a los Estado miembros a castigar penalmente las conductas relativas al blanqueo de capitales.

⁵⁸⁵ 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y justicia penal, Bangkok 18-25 de abril 2005. Pueden consultarse los documentos habidos en <https://www.un.org/es/conf/11thcongress/documents.html> (último acceso 25-9-19).

⁵⁸⁶ Por otra parte, esto no es nuevo, como ya se constató al comprobar el apoyo financiero que BIN LADEN había proporcionado a través de sus empresas familiares a la causa de Al Qaeda.

⁵⁸⁷ MATEOS MARTIN, J.A.: “El reto de la prevención del blanqueo de capitales en un mundo globalizado”, Revista de Derecho de la UNED, núm. 12, 2013.

⁵⁸⁸ Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena 1988 en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-27152>, (último acceso 19-12-16).

La Convención de Palermo, en 2000, siguió la estela y perfeccionó los acuerdos de Viena. Por su parte el GAFI comenzó a presentar recomendaciones al respecto en 2001, tras los atentados del 11-S⁵⁸⁹.

Por otra parte, podría afirmarse que la UE es uno de los polos donde más se ha intensificado la lucha contra el terrorismo mediante la aparición de actuaciones legislativas al respecto enfocadas a la cooperación judicial y policial así como la aparición de medidas de prevención. En este marco resulta destacable la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018.⁵⁹⁰ En ella se alude a las nuevas tendencias dentro de los entornos terroristas en confluencia con sus vías de financiación y como modernas tecnologías están siendo cauces habituales en tal fin; por ello se impone el control de las criptomonedas⁵⁹¹ tratando de prevenir el riesgo⁵⁹² evidente que suponen la anonimidad de las mismas, actuando además al margen de la supervisión de los mercados financieros, frenando su uso como instrumentos para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Otra finalidad del texto es dotar de mayor transparencia financiera a ciertas figuras como los fideicomisos y *trust*.⁵⁹³ La premisa es evitar que se use el sistema financiero para

⁵⁸⁹ La acción y el papel del GAFI como catalizador de la normativa anti blanqueo de capitales ha sido expuesta en el capítulo I de esta obra.

⁵⁹⁰ Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE. DOUE L 156/43 de 19 de junio de 2018, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0843>, (último acceso 16-9-19). Para un análisis de la Directiva 2015/849 véase nuestro capítulo I donde enmarcamos el contorno europeo al respecto.

⁵⁹¹ La Directiva 2018/843 define a las monedas virtuales como “la representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero pero (es) aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse o negociarse por medios electrónicos”. Se establece diferencia entre monedas virtuales y otras figuras como el dinero electrónico y otras figuras.

⁵⁹² Siguiendo a la Directiva, las entidades que pueden incurrir en riesgos delictivos debido al uso de monedas virtuales se catalogan en dos tipos: a) por una parte, proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos y por otra, b) proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias. En ambos casos el anonimato y la opacidad constituyen la máxima preocupación de las autoridades europeas. A tal fin las Unidades de Inteligencia Financiera nacionales han de poder obtener informaciones que les permitan asociar las direcciones de las monedas virtuales a la identidad del propietario de la moneda virtual.

⁵⁹³ Nos remitimos a lo ya estudiado convenientemente en los dos capítulos precedentes, remarcando precisamente el terrorismo como otro vector que justifica el marco regulatorio y de control por las autoridades gubernamentales y organizaciones internacionales.

blanquear capitales o financiar el terrorismo. Medidas como el control de las tarjetas prepago o la identificación (incluso por medios electrónicos) de personas físicas y jurídicas (titulares reales) vuelven a citarse como cruciales para reforzar el sistema donde el enfoque se basa en el riesgo y el conocimiento del cliente por parte de una institución financiera. Sin embargo, este reforzamiento al que aludíamos no es óbice para que el texto comunitario trate de ensamblar la protección de los derechos fundamentales (protección de datos personales y derecho a la vida) de los interesados de las sociedades y *trusts* con el necesario interés público sobre la prevención del blanqueo y la financiación del terrorismo. El aspecto más determinante es la compartición (automática) de datos entre Estados Miembros para conseguir atajar el fenómeno terrorista y dificultar la delincuencia organizada en territorio comunitario en la mayor medida posible. Nuevamente el intercambio de datos surge como resorte para robustecer las suficiencias del sistema.

Al hilo de lo anterior, la UE comenzó, con la Directiva 91/308/CEE del Consejo sobre la prevención de utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, a atisbar la profundidad del problema y la dinámica que se avecinaba. Su ámbito de aplicación incluía nuevos sujetos obligados (auditores, asesores fiscales, etc.) sobre otras regulaciones precedentes de otros entornos.

El deber de colaboración del asesor jurídico quedaba regulado en relación al secreto profesional en la Directiva 2005/60.⁵⁹⁴

Con todo, el punto de mayor trascendencia es la mención a la financiación del terrorismo al definir el lavado de fondos. Un dato no menos importante viene a aportar luz a tal efecto: la publicación el 8 de marzo de la COM (2018) 109 FINAL⁵⁹⁵. El

⁵⁹⁴ Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. DOUE de 25 de noviembre de 2005. Esta Directiva deroga a la previa Directiva 91/308/CEE.

⁵⁹⁵ COM (2018) 109 FINAL: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones, Plan de Acción en materia de tecnología financiera: por un sector financiero europeo más competitivo e innovador, disponible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-109-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>, (último acceso 26-10-18). Hemos estudiado profusamente este texto en CORONAS VALLE, D.: “Avances en materia de cooperación internacional, lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El estado del arte en 2018.” Revista Carta Tributaria núm. 49, Ed. Wolters Kluwer, abril 2019. En el mismo apostábamos por modelos de estandarización para un mayor supervisión y control por las autoridades, no solo tributarias, y atisbamos un rol preponderante de la ABE que aúne aspectos prudenciales y de lucha contra el blanqueo de capitales, marcando claras sinergias entre ambos.

documento pretende ser una reflexión dirigida a todas las altas instancias europeas y a los ciudadanos en general sobre el papel y los retos al que se enfrenta el sector financiero y el impacto de las nuevas tecnologías en el mismo.

La Comisión comienza definiendo el término “tecno finanzas” como una noción a medio camino entre los servicios financieros y el mercado único digital (europeo), dadas las evidentes implicaciones y uso creciente de la tecnología por el sector financiero. De ese uso intensivo deducimos contribuciones e impulsos a la transformación digital de la economía y la sociedad. Las sinergias entre estas materias han sido puestas de relieve en la Estrategia para el Mercado Único Digital de la Comisión⁵⁹⁶ así como la Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea⁵⁹⁷, el Reglamento eIDAS⁵⁹⁸, y las iniciativas en materia de servicios financieros como el Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores⁵⁹⁹.

Este profuso marco de actuación no supone nada nuevo si bien la tecnología en la materia se ha incrementado notablemente, lo que se traduce en una preocupación de las autoridades comunitarias por la situación de los consumidores como usuarios finales del sector financiero y bancario. Una vez más se pone de manifiesto el objetivo de una mayor transparencia en la regulación de un sector de tal importancia.

Tradicionalmente, con especial énfasis desde la década de los 80, la banca y el sector financiero han invertido en tecnología y han sido catalizadores de la innovación⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ COM (2015) 192 FINAL: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europeo, Bruselas 6-5-15, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN> (último acceso 16-9-19).

⁵⁹⁷ JOIN (2017) 0450 FINAL: “Resiliencia, disuasión y defensa: fortalecer la ciberseguridad de la UE”.

⁵⁹⁸ Reglamento UE 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. DOUE L 257/73 de 28-8-14.

⁵⁹⁹ COM (2017) 0139 Final: “Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores: mejores productos y una oferta más variada”, Bruselas 23-3-17, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52017DC0139>, (último acceso 16-9-19).

⁶⁰⁰ Sin ir más lejos, hoy el sector financiero lidera los trabajos sobre *blockchain* (cadena de bloques) y la inversión realizada por este será capital en el devenir de la misma y su ulterior implantación. Esta tecnología permite avances en la manera de validar, compartir y acceder a la información a través de las redes digitales. Se trata de una gran base de datos compartida que registra la propiedad de cualquier tipo de activo y permite a los usuarios realizar transacciones. La unión de los bloques forma una cadena y una vez realizada una transacción esta se inscribe con el común acuerdo de los intervinientes almacenándose de manera inmutable. El sector financiero considera (y por tanto lidera) que la cadena de bloques

El documento estudiado recalca que el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 (RGPD) así como la conocida como Cuarta Directiva 2015/849 contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo aportan garantías fundamentales en los derechos de las personas frente al tratamiento de sus datos personales. Se entiende que el riesgo cibernético de fallos de seguridad supone un ataque a la estabilidad, que en todo caso, debe ser contemplado y asumido como un riesgo inherente a la evolución de los sistemas; estos contarán con medidas robustas de seguridad cuya valoración periódica corresponde al supervisor en la materia.

Otros ejemplos imbuidos del mismo espíritu legislativo pueden incluir la Directiva 2015/2366/UE⁶⁰¹ sobre servicios de pago en el mercado interior o la Directiva 2014/65/UE⁶⁰² relativa a los mercados de instrumentos financieros y su Reglamento 600/2014. En esa misma línea de intentos armonizadores europeos en el ámbito de los mercados financieros cabe mencionar, así mismo, la Directiva 2013/50/UE⁶⁰³.

El objetivo de la Comisión es la neutralidad tecnológica para permitir, entre otras circunstancias, que los bancos identifiquen digitalmente a los consumidores, cumpliendo las exigencias en materia de blanqueo de capitales y protección de datos.

Otros puntos a considerar por el avance tecnológico son:

- Problemas de jurisdicción relativos a *blockchain* en cuanto a leyes aplicables;

representa un alto potencial a la hora de simplificar los procesos ante clientes haciendo aumentando la eficacia u eficiencia de los mismos. En tal sentido se ha creado en febrero de 2018 el Observatorio y Foro de la Cadena de Bloques de la UE.

⁶⁰¹ Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE. DOUE de 23 de diciembre de 2015.

⁶⁰² Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE. DOUE de 12 de junio de 2014.

⁶⁰³ Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por la que se modifican la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, y la Directiva 2007/14/CE de la Comisión por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32013L0050>, (último acceso 6-11-18).

- Indefinición sobre la validez legal de los contratos inteligentes;
- Computación en nube en los servicios financieros: problemas de jurisdicción entre empresa titular y lugar de ubicación de servidores.

Como se ha adelantado, la Comunicación sostiene la necesidad de vertebrar y fortalecer la seguridad e integridad del sector financiero. En tal sentido la actuación política de la UE promoverá una mayor resiliencia ante los ciberataques. La Comisión es consciente de la potencial amenaza sobre el sector financiero europeo y otorga prioridad a las acciones tendentes a dotar de mayor seguridad a este sector. Por ello, los Estados miembros deben trasponer (y aplicar) a la mayor brevedad la regulación contenida en el Directiva 2016/1148 sobre seguridad de las redes y de los sistemas de información⁶⁰⁴.

En este punto vuelven a confrontarse los tradicionales debates entre libertad y seguridad, en otras palabras, el acceso a la información por parte de los servicios de inteligencia ante las amenazas y la puesta en común de información para reforzar la ciberseguridad; para ello es deseable una mayor cooperación y coordinación en todo el sector financiero de la UE y los servicios de inteligencia respecto a las ciberamenazas⁶⁰⁵. No descarta la Comisión, en su labor en este campo, acudir a Planes de Acción de Educación Digital.

Todo este panorama condujo a la Cuarta Directiva y Quinta Directiva relativas a PBC, sobre las que hemos trabajado ampliamente en este y en precedentes capítulos y, que además de sintetizar los puntos básicos, constituyen potentes herramientas de lucha contra el fraude. Se encuentran perfectamente alineadas con las más avanzadas legislaciones internacionales (GAFI y OCDE) y tienen capacidad para comprender el fenómeno del terrorismo y el blanqueo de capitales en sus más innovadores facetas (informática, movimiento de capitales, sociedades interpuestas, titularidad real, gestión de activos, etc.).

⁶⁰⁴ Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32016L1148>, (último acceso 5-11-18).

⁶⁰⁵ Téngase en consideración la evolución en la postura de la UE al respecto desde 2013 a la fecha siendo uno de sus exponentes el Comunicado de Prensa de 27-11-13 emitido por la Comisión en relación al TFTP y al PNR y las divergencias en el tratamiento de datos entre EEUU y la propia Unión. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1160_es.htm (último acceso 28-11-18).

En otro orden de cosas, y entrando de lleno en la financiación del terrorismo, específicamente el de Al Qaida, el profesor NIKOS PASSAS⁶⁰⁶ ha realizado un esclarecedor estudio del que nos hacemos eco de algunos datos adicionales. El estudio y la adopción de cualquier medida para frenar la actividad terrorista no deben pivotar tan solo en el aspecto económico. El aspecto cultural, social y religioso ha de ser comprendido y estudiado. Ciertamente es que atajar o dificultar la financiación de este fenómeno dificulta su operatividad y la gravedad de sus actos.

Con un enfoque muy original, PASSAS y GIMÉNEZ-SALINAS consideran que el bloqueo económico contribuye a una mejora de “la inteligencia aplicada al sector financiero lo que puede beneficiar a otros problemas como la lucha contra el crimen organizado y el blanqueo de capitales⁶⁰⁷”, es decir, se estaría luchando al tiempo en varias direcciones, todas ellas nocivas socialmente.

Por el momento se han adoptado medidas urgentes (en gran medida por la magnitud de los acontecimientos, la gravedad de los mismos y la repercusión de estos en Occidente) que no van a la raíz social del problema, solo buscan la cancelación de fondos de los movimientos terroristas, olvidando que estos tienen un amplio sustrato social más allá del componente económico.

Una decisión más reflexiva podría mostrar que no hemos, en opinión de PASSAS, definido bien el objetivo de las políticas de control que se tratan de implantar lo que hace ineficaces las medidas adoptadas en buena medida bien por erróneas, bien por desproporcionadas.

El trabajo de estos dos autores pone de relieve la posibilidad de que los fondos utilizados por terroristas sean de origen legal, lo que diferenciaría en sí a esta actividad del blanqueo de capitales.

Se ha escrito profusamente, de forma especial desde el ámbito periodístico⁶⁰⁸ frente al jurídico, sobre las donaciones a través de ONGs como fuente de financiación del

⁶⁰⁶ PASSAS, N. y GIMÉNEZ SALINAS, E.: “La financiación del terrorismo de Al Qaeda: Mitos y Realidades”, Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, núm. 19, 2007, pp. 493-521.

⁶⁰⁷ Vid. op. citae 589.

⁶⁰⁸ CHAYA, G.: “El bitcoin se convierte en la vía preferida de la financiación de grupos terroristas”, Revista Instituto de Estrategia, 2-9-19, disponible en

terrorismo islámico sin embargo, no hay conclusiones que aseveren la conexión directa y real entre ambos mundos⁶⁰⁹.

Otro vínculo relevante son las contribuciones privadas o donaciones como el *Zakat*.⁶¹⁰ Este panorama se completa con la utilización de sociedades tapadera y sociedades fantasmas que mezclan capital ilegal (blanqueo) con dinero lícito.

Será en estos casos donde el impacto y la ayuda demandada al sector financiero y bancario revisten mayor importancia, ya que se requiere la trazabilidad de operaciones que sufren diversos y complejos avatares desde su desencadenamiento.

Sólidas investigaciones policiales y judiciales han podido constatar que los grupos vinculados o inspirados en Al Qaida se financian con actuaciones como la falsificación de tarjetas de crédito o el contrabando de diversos productos⁶¹¹. Sin embargo, el Informe final⁶¹² de la Comisión Nacional sobre los ataques terroristas en EEUU concluyó que “no existen evidencias de que Al Qaida se haya financiado con el mercado negro de diamantes africanos”.

Todo ello puede inducir a concluir que las relaciones entre terroristas y bandas criminales son interesadas y de conveniencia recíproca, lo que no impide que unas

<http://www.institutodeestrategia.com/articulo/politica/bitcoin-convierte-via-preferida-financiacion-grupos-terroristas/20190902113812027541.html> (último acceso 6-9-19).

OLLERO, D.J.: “El bitcoin: así ingresan dinero irrastreable los yihadistas para perpetrar atentados”, *Diario el Mundo*, 21-9-19, disponible en <https://www.elmundo.es/tecnologia/2019/08/21/5d5c39a8fdfffb4608b45a7.html> (último acceso 6-9-19).

⁶⁰⁹ Una referencia clásica es: “*The use of Internet for Terrorist Purposes*”, United Nations Office on Drugs and Crime, Viena, 2012, p. 7.

⁶¹⁰ El *Zakat* es una de las obligaciones de los musulmanes consistente en dar, habitualmente, un 2,5% de sus ingresos a la beneficencia. Estas donaciones son aprovechadas por los grupos terroristas para recaudar fondos a nivel local entre comerciantes y vecinos.

⁶¹¹ Un buen compendio de las mismas puede encontrarse en BASILE, M.: “*Going to the Source: Why Al Qaeda's Financial Network Is Likely to Withstand the Current War on Terrorist Financing*”, *Studies in Conflict & Terrorism*, 27:3, 169-185, 2004, DOI: 10.1080/10576100490438237 (último acceso 25-9-19).

⁶¹² National Commission on Terrorist Attacks upon the United States: *Monograph on terrorist Financing*, Washington, 2004.

copien a otras sus *modos operandi*, desechando, por lo general, alianzas estratégicas entre las mismas⁶¹³.

Las transferencias de fondos efectuados por grupos terroristas relacionados con Al Qaida pueden realizarse en una triple vía:

- 1) Empleando el sistema financiero formal;
- 2) Transferencias de fondos informales como la *Hawala* (transferencia en árabe), *hundi* en Pakistán o *fei chen* en zonas asiáticas;
- 3) Los correos personales para transporte de información, dinero o mercancías que suelen desconocer lo que transportan siendo personal de perfil bajo.

En relación con el primer supuesto, el rasgo más característico es la baja importancia de las cantidades transferidas (según citados estudios, 70.000 dólares fueron las transferencias recibidas en EEUU para la comisión del 11-S). Lógicamente los sistemas informáticos entonces rastreaban cantidades de mayor significación (las relacionadas con el blanqueo de capitales) haciendo imposible su detección en aquel momento.

La *Hawala*⁶¹⁴, por su parte, permite transferir fondos o valores de un lugar a otro sin dejar rastro formal de la transacción o sin pasar por instituciones financieras formales.

Existe una modalidad de este sistema como un sistema étnico y tradicional (procedente de India y China) de transferencias que la inmigración ha extendido a otros lugares. Otra modalidad de la *Hawala* es como sistema bancario clandestino donde emisor y

⁶¹³ Esta circunstancia no se aplica en el Sahel donde sí se dan colaboraciones estratégicas entre ambos tipos de organizaciones. A tal efecto puede consultarse la siguiente bibliografía: CALDUCH CERVERA, R.: “Impacto estratégico de la crisis del Sahel”, 2013, disponible en <https://repositorio.ucjc.edu/bitstream/handle/20.500.12020/611/Impacto%20estrat%20c3%a9gico%20de%20la%20crisis%20en%20el%20Sahel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; JORDÁN, J.: Los grupos yihadistas en el Sahel un año después de la operación militar en Mali”, Grupo de Estudios en Seguridad Internacional, Universidad de Granada, 5-2-14, disponible en <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/los-grupos-yihadistas-en-el-sahel-un-a%C3%B1o-despu%C3%A9s-de-la-operaci%C3%B3n-militar-en-mal%C3%AD> así como visión militar en DÍEZ ALCALDE, J.: “Desafíos de seguridad en el Sahel: conflictos armados y terrorismo yihadista” Cuadernos de Estrategia, núm. 176, 2015, pp. 23-60.

⁶¹⁴ Un estudio evolutivo sobre esta figura puede encontrarse en DE GOEDE, M.: “Hawala discourses and the war on terrorist finance” *Environment and Planning D: society and Space*, 2003, pp. 513-532; de igual manera en JAMWAL, N.S.: “*Hawala*-the invisible financing system of terrorism”, *Strategic Analysis*, 26:2, 181-198, DOI: 10.1080/09700160208450038 así como en NIMROD, R.: “Financing of terrorism: Sources, methods, and channels. *Terrorism and Political Violence* 15. 59-82, 2003, DOI 10.1080/0954650390449881.

destinatario confían en una tercera persona como operador de *Hawala* que actúa como intermediario en ausencia de banca formal. El intermediario puede ofrecer otros servicios como cambio de moneda, micro financiación, custodia de depósitos, etc.).

El ajuste de cuentas se practica empleando dos operadores de *Hawala* en dos puntos distintos que compensan sus deudas o transacciones con cierta periodicidad.

Las ventajas de este sistema son evidentes no solo por rapidez o anonimato sino por la ausencia de imposición fiscal y el bajo coste en comisiones (entorno al 2% de la transacción sin límite por operación).

El anonimato y la inexistencia de un sistema de control y seguimiento de estas transferencias lo convierten en adecuado para las actividades terroristas al dejar pocos rastros. Los operadores llevan libros contables, pero suelen ser registros sin estandarizar que no facilitan la trazabilidad ni aportan información completa.

En numerosas ocasiones la *hawala*⁶¹⁵ se apoya en parte en la banca tradicional para completar o realizar parte de sus operaciones.

Según fuentes norteamericanas⁶¹⁶, el atentado del 11-S, probadamente organizado y financiado por Al Qaida, costó una cifra cercana a los quinientos mil dólares, de los que trescientos mil fueron depositados en cuentas estadounidenses mediante tres vías, a saber: transferencias bancarias; tarjetas de crédito vinculadas a bancos extranjero; y el transporte del dinero físico a los EEUU y cheques de viaje. No se ha podido constatar la participación de ciudadanos norteamericanos en aquel atentado ni la utilización de la *hawala* como medio de transferencia de fondos

En el caso del atentado de Madrid del 11-M, organizado por un grupo autónomo inspirado en Al Qaida, con financiación y organizaron local, la situación es bien diferente ya que el grupo operativo estaba formado por delincuentes comunes que se transformaron en terroristas tal y como se desprende del Auto de prisión del Juzgado de lo Central de Instrucción número 6 de 18 de julio de 2004. En este caso además sí pudo constatar la situación económica precaria de los miembros que apenas les permitía

⁶¹⁵ PASSAS, N.: “*Informal Value Transfer Systems, Terrorism and Money Laundering*”, SSRN Electronic Journal. 10.2139/ssrn.1327839, 2003.

⁶¹⁶ Vid. nota 596.

subsistir. Se estima que aquel atentado rondó los cien mil euros incluyendo explosivos, tarjetas SIM e inmuebles arrendados.

Salvo en una situación indirecta, la *hawala* no fue usada y se confió en el correo personal para el envío de explosivos desde Asturias a Madrid empleando varios correos que desconocían el contenido del paquete que transportaban.

Como se desprende de nuestro capítulo I, la respuesta norteamericana fue la promulgación de la *Patriot Act* en 2001, que endureció las medidas contra el blanqueo de capitales, concediendo amplios poderes a los cuerpos de seguridad del Estado para la investigación y prevención de actos terroristas.

En otro orden de cosas, siguiendo la opinión del profesor PASSAS, que compartimos, el éxito de cualquier iniciativa legislativa no debe medirse por el número de cuentas o activos bloqueados, conociendo además que algunos bloqueos se han demostrado inadecuados. Para superar esta ineficacia, la propuesta de este autor es profundizar en el fenómeno del yihadismo. Es imprescindible conocer sus estructuras, su motivación, su jerarquía sin perder de vista que Al Qaida no es una organización sino una idea inspiradora para ciertos grupos. En consecuencia, la cifra de dinero empleada es menor que si nos enfrentásemos a grandes organizaciones y habrá que tratar de escrutar la financiación de esos grupos a través de los que actúa. Por lo tanto, el modelo de prevención de blanqueo de capitales no sirve en este caso pues está enfocado a localizar grandes flujos monetarios.

En suma, el tiempo ha venido a demostrar que dado que Al Qaida se ha descentralizado, diríamos que incluso evaporado en el DAESH, el modelo ha cambiado y ese cambio de rumbo hacia el mecanismo de lobos solitarios hace más compleja e impredecible su neutralización y erradicación. La tendencia percibida en los atentados de París en noviembre de 2015 y Bruselas en marzo de 2016 así lo corrobora⁶¹⁷.

⁶¹⁷ Sobre este fenómeno se han ocupado, entre otros, GUTIÉRREZ-SANZ, V.: “El terrorismo de los “lobos solitarios” en la literatura y la prensa española (2010-2015). Un análisis retórico-argumentativo de su construcción discursiva” «El Terrorismo De Los “lobos solitarios”. Historia y Comunicación Social 23 (2), 2018, pp.529-45. <https://doi.org/10.5209/HICS.62272>. También COTEÑO MUÑOZ, A.: “Terrorismo individual” Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655 N°. 15, octubre 2018 – marzo 2019, pp. 262-281. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4356> 262.

En estos como en los anteriores atentados la labor de proselitismo y radicalización tiene base local y pueden encontrar freno o excusa en las políticas de inmigración del Estado, la situación de las cárceles o factores socio-políticos del país en cuestión.

Algunas medidas básicas como profundizar en la trazabilidad de las transacciones de dinero o exigir una mayor transparencia en el sector de la exportación e importación, se antojan escasas ante la evolución tecnológica que afrontamos en este siglo.

3.6 Conclusiones.

1. A lo largo del presente capítulo hemos tratado de remarcar el valor de la cooperación internacional como cauce para la solución de conflictos jurídicos internacionales. Su papel, más allá incluso del fraude fiscal que estudiamos, es incuestionable no solo por el número de iniciativas desplegadas en las dos últimas décadas sino por la profundidad de las medidas propuestas en esos instrumentos jurídicos.
2. Uno de los aspectos donde la cooperación puede plantear una mayor problemática y donde se ha producido un cambio notable es en el ámbito de la protección de datos. Al hablar de protección de datos deben diferenciarse dos entornos: la protección de datos propiamente dicha que se configura como marco general, y la protección específica que de tales datos debe hacerse en el entorno del intercambio automático de datos tributarios. En estos supuestos deben observarse algunas especificidades.

Sea como fuere, el reconocimiento y la consideración jurídica de la protección de datos como un derecho fundamental subyacen en las nuevas regulaciones internacionales.

3. En ambos entornos la regulación de la UE ha destacado tradicionalmente y destaca por su carácter riguroso, siempre en favor de los ciudadanos.

De manera singular debe tenerse en consideración el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679, que en consonancia con la pertinente legislación nacional al respecto, configuran un ecosistema protector tanto para el denunciante y sus datos como para aquellos que son objeto de manejo por parte de corporaciones cuya actividad radique en territorio comunitario.

4. En los últimos diez años se han negociado diversos acuerdos entre EEUU y UE para el intercambio de datos personales con usos comerciales y tributarios.

Los primeros han sido anulados por la jurisprudencia del TJUE y han recibido fuertes críticas de la Autoridad europea al respecto: el SEPД así como de la doctrina y los expertos.

5. La jurisprudencia del TJUE se condensa en dos notables sentencias:

- Caso Max Schrems.
- Caso Costeja-Google *Spain*.

Las conclusiones de ambas establecen un umbral mínimo en la protección de los datos de las personas que puedan ser intercambiados entre empresas con fines comerciales o entre Estados o jurisdicciones para cumplimiento legal ya sea con fines tributarios o penales (extradición o terrorismo), siempre dentro del marco de la cooperación internacional.

6. Dentro de esos acuerdos conjuntos, a ambas orillas del Atlántico, merecen reseñarse algunos que presentan puntos en común:

a) Safe Harbour

b) Privacy Shield

c) Umbrella Agreement

d) AML Agreement

7. En todas estas textos se percibe el diferente acercamiento que se otorga a la protección de datos en Estados Unidos donde razones de seguridad nacional y reforzamiento para el cumplimiento de la Ley prevalecen sobre los derechos personales en ciertas y tasadas ocasiones. Por su parte, la regulación europea es más garantista y tiende a hacer prevalecer los derechos individuales.
8. Cualquier intento de sinergia entre ambos sistemas legislativos debe partir del acuerdo y la fijación de unos niveles mínimos o suelo, que se acomode a los ordenamientos nacionales y a los criterios judiciales europeos.

9. Desde 2012, la Comisión Europea considera de gran importancia aumentar la eficacia con que se administra la recaudación de impuestos. De hecho, las medidas encaminadas a tal fin forman parte de un plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal.
10. El difícil equilibrio entre el tradicional binomio seguridad-libertad adquiere especial vigencia en este tema. El debate sobre el fin y los medios, por notable que sea el objetivo y los beneficios sociales que puedan acarrear, sigue presente entre nosotros y ha de ser resuelto con garantías plenas pese a amenazas como el terrorismo en sus más radicales y recientes manifestaciones. El uso de monedas virtuales (criptodivisas) para la financiación de grupos terroristas muestra una tendencia que la regulación internacional ha detectado y trata de frenar.
11. En este sentido, las medidas de protección arbitradas y potenciadas por la UE son, hasta cierto punto innovadoras, y elevarán la frecuencia y el rol del denunciante (whistleblower), debiendo redundar en mayor transparencia y eficaz aplicación de las normas.
12. En España, la discusión cobra especial importancia al aplicarse al intercambio automático de información de los contribuyentes previamente recopilado por las Instituciones Financieras. La capacidad de oponerse al intercambio de datos personales por el contribuyente se ve limitada por la presencia y la firma de España de acuerdos internacionales como CRS, que posteriormente han sido trasladados como deberes (incluyendo régimen sancionador) a la Ley General Tributaria para su preceptivo cumplimiento.

Puede aportar un mayor grado de discusión el encaje jurídico de tal manifestación cuando los datos de la persona se refieren a rendimientos, saldos e intereses de un producto financiero.

13. La problemática que el intercambio de información genera radica esencialmente en el régimen general de la protección de datos y requiere una comunicación al cliente-contribuyente de que sus datos van a ser intercambiados entre distintas Autoridades Tributarias con las que el mismo puede tener relación por razón de su residencia fiscal.

14. Partiendo del mundo interconectado, los avances tecnológicos, y en concreto la digitalización, plantean nuevos retos regulatorios y nuevas amenazas al tiempo que oportunidades para la mejora del sistema financieros internacional. En nuestra opinión las oportunidades superan a los riesgos (de variada naturaleza). Las empresas multinacionales gestionan una gran cantidad de datos y su gestión conlleva el riesgo de incumplimiento normativo afectando a los ciudadanos de diversas jurisdicciones.

La rapidez de los intercambios de datos personales es esencial para garantizar la eficacia de la cooperación en materia de aplicación de ley, así como la lucha contra la delincuencia en sus diversas formas. Por ello, ha de reforzarse esta protección y el fomento de la confianza en los servicios de seguridad estatales.

15. El intercambio y la protección de datos personales no son mutuamente excluyentes. Singularmente, en el caso de la UE, un sólido sistema de protección de datos facilita la circulación de los mismos de suerte que refuerza la confianza de los consumidores en las empresas que prestan atención a los mismos. La seguridad jurídica que la UE confiere en este terreno debería trasladarse, al igual que se ha propiciado con el estándar de intercambio automático de datos, a terceros países forjando alianzas y acuerdos bilaterales o multilaterales.

16. En suma, la privacidad no es un asunto que se pueda negociar como si se tratase de un servicio o un producto.

CAPÍTULO IV: LA PRÁCTICA ESPAÑOLA.

4.1 Introducción.

Al abordar este último capítulo de nuestra tesis consideramos interesante revisar en qué medida todo lo estudiado en capítulos precedentes (esencialmente la disrupción de FATCA y CRS) impacta en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente desde la óptica de la cooperación internacional.

El contenido de nuestra investigación se ha centrado, hasta este momento, en conocer y reflejar como han afrontado las instituciones financieras españolas el reto de implantar un programa de cumplimiento normativo, de carácter internacional, a la realidad diaria de cada entidad.

En tal sentido, vamos a abordar el estudio de ciertas instituciones, de nueva creación, surgidas al albur de la regulación del último quinquenio, donde se acentúan las novedades legislativas relativas a nuestra materia. La intencionalidad, por tanto, del apartado es localizar la huella de las dos citadas iniciativas de intercambio en las últimas producciones normativas de nuestro país, revisando como se ensamblan en nuestro sistema jurídico.

Para concluir incluimos un apartado que trata de completar la visión sobre la tributación y el fenómeno del fraude fiscal. El enfoque procede del punto de vista sociológico tras haber estudiado previamente el jurídico y el económico. Creemos que esta visión, hasta cierto punto doctrinal, viene a reforzar todo el planteamiento de nuestro trabajo.

Finalmente aportamos unas conclusiones.

4.2 Reformas tributarias significativas sobre fraude fiscal en el ordenamiento jurídico español tras FATCA y CRS.

Junto a las coordenadas legales ya indicadas en el capítulo I sobre paraísos fiscales y III sobre blanqueo de capitales, respectivamente, han de considerarse otros textos dignos de mención respecto al fraude fiscal, el intercambio de información y la cooperación internacional.

Hemos analizado las disposiciones siguientes agrupándolas según el impacto general o específico de su contenido en nuestro objeto de estudio. De esta manera, si afectan a la implementación de normas derivadas de obligaciones internacionales de cooperación asumidas por el Estado español las hemos considerado específicas frente a las de impacto general donde la voluntad del legislador nacional ha prevalecido en su origen.

4.2.1 Normas generales.

4.2.1.1 Ley General Tributaria y su desarrollo y Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y su desarrollo.

La Ley General Tributaria (LGT) 58/2003 aborda el suministro de información con efectos en dos ámbitos de aplicación, el plano internacional y la aplicación nacional.

Su art.7 consagra el principio constitucional que implica la jerarquía de los Tratados Internacionales. Así mismo, se establece que en casos de doble imposición deberá atenderse, si lo hubiere, al correspondiente Convenio de Doble Imposición, que prevalece jerárquicamente sobre cualquier normativa interna existente.

En relación al ámbito internacional, el RD Ley 20/2011 de 30⁶¹⁸ de diciembre introduce un nuevo capítulo de asistencia mutua en la LGT dando contenido al art 177 ter sobre intercambio de información que en su último párrafo asevera que “la información podrá ser remitida a otros Estados o a otras entidades internacionales o supranacionales si así lo permite la normativa sobre asistencia mutua y en las condiciones establecidas en la misma”.

En el plano interno destacan, por su relevancia para las instituciones financieras, las obligaciones de colaboración establecidas en los artículos 93, 94 y 95 de la LGT.

El art. 93 expresa con rotundidad que “las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas...estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificaciones con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas profesionales o financieras con otras personas”.

⁶¹⁸ BOE núm. 315 de 31 de diciembre de 2011.

A mayor abundamiento, solventa el controvertido asunto de la protección de datos al afirmar en su párrafo 5 del mismo artículo “la cesión de datos de carácter personal que se deba efectuar a la Administración tributaria... no requerirá el consentimiento del afectado. En este ámbito no será de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del art. 21 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal”.⁶¹⁹

La adaptación de las normas de desarrollo de la LGT a la normativa de la Unión Europea sobre asistencia mutua se realizó con la aprobación del Real Decreto 1558/2012⁶²⁰ de 15 de noviembre, que vino a modificar el Real Decreto 1065/2007, que aprobaba el Reglamento General de actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

Tras esta modificación el citado Reglamento, en su art. 201 sobre formas de intercambio de información, consagra, en línea con el marco fijado por el art. 177 ter.1, tres formas de facilitar información otros Estados:

- Previa solicitud de asistencia mutua de la autoridad competente del otro Estado o entidad, cualquiera que sea la naturaleza o finalidad de dicha solicitud;
- De forma automática en relación con determinadas categorías de información y de acuerdo con lo dispuesto en la normativa sobre asistencia mutua;
- De forma espontánea en cumplimiento de la normativa sobre asistencia mutua cuando pueda ser útil al otro Estado o entidad.

El BOE de 7 de junio de 2014 publicó el Real Decreto 410/2014⁶²¹ que incorpora un nuevo artículo 37 bis al Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de

⁶¹⁹ Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD):

Art. 21.1: “Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias...”

⁶²⁰ BOE núm. 283 de 24 de noviembre de 2012.

⁶²¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-6006> (último acceso 7-3-19)

gestión e inspección tributaria. Así mismo, se regula la obligación de las instituciones financieras de informar acerca de cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua y se habilita al Ministro de Hacienda para el desarrollo reglamentario de dicha obligación. Su redacción es amplia y da cabida no solo a la iniciativa FATCA sino también al *Common Reporting and Due Diligence Standards* (CRS) de la OCDE.

Una visión completa de este panorama regulatorio precisa citar las Ordenes JUS/318 y 319 de 21 de marzo de 2018, publicadas en el BOE de 27 de marzo⁶²².

Estas Órdenes incluyen los modelos para presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas, así como individuales, de todos los sujetos obligados a ello.

Se derogan las Órdenes anteriores, adaptando las nuevas al Real Decreto- Ley 18/2017 de 24 de noviembre, relativo a obligaciones de información no financiera por parte de grandes empresas y grupos multinacionales⁶²³.

En el plano práctico se incluye un nuevo formulario que deben presentar las personas jurídicas, con domicilio en España y depósito de cuentas en nuestro país, siempre que cumplan ciertos requisitos, como no cotizar en un mercado regulado. En tal circunstancia, deben identificar el titular real de la sociedad. Es reseñable que el modelo distingue nacionalidad y residencia y utiliza el concepto “Código de identificación extranjero” que no estamos plenamente convencidos de que sea asimilable al *Tax Identification Number* (TIN) o identificador fiscal que las normativas FATCA y CRS suelen emplear y han singularizado. Alcanzamos esta insoslayable conclusión ya que este “Código” es comparado con el DNI y no con nuestro NIF habiendo, quizás, perdido una buena ocasión de haber asimilado los avances de normas posteriores y más perfeccionadas en la lucha contra el fraude fiscal desde todas sus vertientes.

Esta obligación deviene de la citada Directiva 2015/849⁶²⁴ (Cuarta Directiva) prevista para evitar la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

⁶²² <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/27/pdfs/BOE-A-2018-4242.pdf>, (último acceso 3-6-18).

⁶²³ En nuestro país empresas como Telefónica, BBVA, Banco Santander, Zara o ACS se verán afectadas por el contenido de esta regulación.

De conformidad con ello, precisamente consideramos muy significativa la Corrección de errores publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 25 de mayo de 2018⁶²⁵ sobre ciertos epígrafes de la citada Directiva 2015/849.

En concreto destacamos los siguientes:

- Introduce la mención a los fiduciarios y los fideicomisos tipo *trust* en el Considerando 17;
- Se sustituye en varios apartados el término “fideicomisario” por “fiduciario”;

Esa mención al fideicomiso tipo *trust* o asimilado al *trust* es vital para evitar resquicios legales por donde los defraudadores y evasores pueden eludir sus responsabilidades legales: financiera y penal.

Sabemos (véase el capítulo I) que en la legislación sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo el porcentaje superior al 25% del capital social o de los derechos de voto identifica al titular real (persona física) de una sociedad, ya sea por control directo o indirecto de tal porcentaje. En todo caso, y por debajo de tales porcentajes, se considera que el administrador (es) de la persona jurídica es su titular real (se le denomina titular real asimilado).

Parece oportuno recordar en este punto como la legislación FATCA y CRS profundizan y consideran que el propio de 25% ya implica que una persona tiene el control societario, por lo tanto, estas normas expanden los límites exigibles por las normas de PBC⁶²⁶.

⁶²⁴ Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

⁶²⁵ Corrección de errores de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DO L 141 de 5 de junio de 2015) disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL%3A2018%3A129%3ATOC>, (último acceso 7-3-19).

⁶²⁶ Tan solo en el caso de fundaciones o asociaciones se tendrá en cuenta el 25% o más del mismo para la consideración de una persona física como titular real en el ámbito de PBC.

Ambas Órdenes y sus deberes han suscitado las críticas de sectores diversos desde empresarios hasta del propio Consejo General del Notariado pero sin embargo pese a la carga burocrática (que es posible aliviar mediante la presentación telemática de estos impresos) no alcanzamos a comprender una oposición a una norma que solo pretende aportar transparencia y claridad en el negocio jurídico y viene respaldada por exigencias europeas armonizadoras.

Queda por determinar el momento y la forma en que las Autoridades Tributarias podrán cotejar información de FATCA y CRS sobre personas jurídicas y la confrontaran con la obtenida de los nuevos formularios sobre titulares reales. Podrían darse cambios de circunstancias en las sociedades que alguna de esas dos fuentes no haya actualizado en el periodo o ejercicio valorado y se desconoce por el momento la postura de la Administración al respecto.

4.2.2 Normas específicas.

4.2.2.1 Ley 7/2012 contra el Fraude Fiscal.

La Ley 7/2012 de 29 de octubre de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude⁶²⁷ supone un punto de inflexión en la concesión de atención y regulación en materia de lucha contra el fraude fiscal en nuestro país. Dota a la Administración Tributaria de un elenco de medidas, permitiendo incorporar a nuestro país al panorama internacional y a las iniciativas de última generación al respecto.

La ambición de vanguardia desborda la coyuntura de crisis surgida en esta Ley no demasiado extensa (siete artículos la conforman).

Otro pilar sobre el que descansa consiste en dotar de un sistema legal sencillo y coherente a los contribuyentes, axioma que veremos repetido al estudiar la fiscalidad de los tributos y la ética tributaria en su conjunto.

⁶²⁷ BOE núm. 261 de 30 de octubre de 2012, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-13416 (último acceso 10-2-17).

La Ley anuncia la implantación de nuevas obligaciones de información plasmada en el modelo 720⁶²⁸ así como impulsos a la investigación por parte de Hacienda y la limitación de los pagos en efectivo a operaciones de 2.500 euros con ciertas excepciones subjetivas: pagos realizados en entidades financieras y pagos entre particulares no empresarios ni profesionales (art.7).

En el plano técnico destaca la clarificación del régimen jurídico que regula el cómputo del plazo de prescripción del derecho de la Administración al determinar la deuda tributaria mediante la liquidación cuando la acción de la propia Administración se dirija originariamente respecto de otra obligación tributaria distinta a consecuencia de una declaración incorrecta (art. 1 que reforma el 65 de la LGT).

En nuestro país, tras la crisis financiera de 2008 se produce un número elevado de concurso de acreedores⁶²⁹ por lo que la legislación toma medidas al tal efecto para evitar la “despatrimonialización” de sociedades, prohibiendo la disposición de bienes inmuebles de aquellas sociedades con acciones o participaciones en situación de embargo, e impidiendo que el titular de las mismas pueda disponer (ejerciendo el control efectivo) de estas en tanto sea deudor de Hacienda (arts. 1, 3 y 4).

En su extensa Exposición de Motivos, encontramos la *ratio iuris* de CRS: entorno globalizado, finanzas internacionales, libertad de capitales, caldo de cultivo para el fraude fiscal y, por tanto, necesidad de establecer la obligación de informar sobre bienes y derechos situados en el extranjero. Debe hacerse notar que no alude a los conceptos jurídicos de “persona física” ni “persona jurídica”, siendo esta Ley menos precisa en su lenguaje, en comparación con los Planes de Control Tributario, específicamente con los del trienio 2015-17 que reflejan una evolución técnica notable.

⁶²⁸ A este respecto téngase en consideración lo ya comentado en el capítulo I de esta tesis referente al volumen estimado por la AEAT en noviembre de 2018 sobre cuentas en el extranjero de contribuyentes españoles: 457.000 millones de euros, equivalente al 40% del PIB nacional.

⁶²⁹ En España, durante la Gran Recesión (2008-2013) el PIB real cayó más de un 8%, el desempleo alcanzó el 26% (partiendo de niveles próximos al 10%), el crédito al sector no financiero bajó más de un 18% y los precios reales de la vivienda descendieron alrededor de un 35%. Todos estos acontecimientos llevaron a un fuerte aumento de la morosidad y de los procedimientos de insolvencia. Así, las ejecuciones hipotecarias se incrementaron en más de un 55% y los Juzgados de lo Mercantil pasaron de albergar menos de 1.000 concursos anuales antes de la crisis a resolver más de 9000 en los momentos más agudos de esta”, GARCÍA-POSADA, M. y VEGAS, R.: “Las reformas de la Ley Concursal durante la Gran Recesión”, Documentos de Trabajo, núm. 1610, Banco de España, 2016.

El aspecto coercitivo se conforma entorno al régimen sancionador para casos de incumplimiento.

La Ley incluye una serie de reformas de la Ley 37/1992 sobre el IVA⁶³⁰ (art.5) para evitar fraudes especialmente en lo relacionado con inmuebles o concurso de acreedores. Estos aspectos procesales quedan al margen del estudio de este trabajo pero nos ayudan a completar una panorámica global en la lucha contra el fraude fiscal a todos los niveles.

La adopción de Planes Tributarios, que marcan líneas maestras de actuación estatales, constituye otra coordenada adicional.

Otra medida significativa, ubicada en la Disposición final primera, proviene de la nueva redacción dada al art. 108 de la Ley del Mercado de Valores⁶³¹ para evitar la elusión de posibles transmisiones de valores que encubran en realidad transmisión de inmuebles interponiendo figuras societarias diversas. Como puede apreciarse, el legislador es consciente de la problemática a la que debe enfrentarse pero, pese a su complejidad, sostenemos que desde su promulgación la Ley va anotándose en su haber notables éxitos no solo de planteamiento cuyos resultados no tardarán en materializarse.

Por su singularidad destacamos el art. 1 que modifica el contenido de varios artículos a su vez de la LGT (arts. 40, 41 y 43 sobre responsabilidad y obligaciones societarias).

Este mismo art.1 introduce la reforma del art.199 de la LGT en relación a las sanciones cuando no se aportan datos para el suministro de información o la aportación es falsa o incompleta. Como sabemos, posteriormente y mediante el RD 1021/2015, se ha precisado este régimen sancionador primigenio en la referente a FATCA y CRS.

La nueva Disposición adicional decimoctava de la LGT también se incluye en este art. 1, al objeto de informar de bienes y derechos del contribuyente situados en el extranjero. Se incluyen cuentas, bienes, derechos, valores, muebles, inmuebles y seguros de vida conectando todo ello con la información de la Ley 10/2010 sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo para poder conocer al titular real de cualquiera de estas cuentas, bienes y derechos.

⁶³⁰ Ley 37/1992 de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740>, (último acceso 15-2-17).

⁶³¹ Ley 24/1998 de 28 julio del Mercado de Valores, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-18764>, (último acceso 15-2-17).

La causa de la nueva Disposición adicional decimonovena de la LGT, que contiene este art.1, ha de encontrarse en las situaciones de conflicto competencial entre Hacienda y la Administración de Justicia, como consecuencia de las tradicionales tensiones habidas entre la judicatura y la AEAT por las competencias para investigar delitos fiscales y la capacidad sancionadora de ambos. En este caso, la Administración Tributaria mantiene competencias de investigación patrimonial mientras la autoridad judicial no determine lo contrario.

4.2.2.1.1 El Modelo 720.

La AEAT hizo pública una nota de prensa en octubre de 2.015⁶³² desglosando la información contenida en el modelo 720 de 2.013. Mediante este modelo o formulario se obliga a informar a los ciudadanos españoles sobre todos sus bienes y derechos situados en el exterior. El modelo se contempla en la Ley 7/ 2012 contra el fraude fiscal.

De la Nota destacamos lo siguiente:

- a) Cuentas corrientes, imposiciones a plazo, cuentas de crédito, valores y fondos. El total asciende a 15.000 millones de euros donde Suiza recibe 4.834, Bélgica 1747, Reino Unido 1677 y Andorra 966 millones;
- b) Inmuebles por 9.200 millones. Francia, Reino Unido y Alemania concentran el 40% del total;
- c) Acciones y participaciones en fondos de inversión por más de 17.200 millones; Luxemburgo 6286 millones y Suiza con 5669 suman el 70% del total. Andorra 758;
- d) Valores y derechos en el extranjero por 47.000 millones. Suiza y Holanda suman más de 15.000 de los mismos. Luxemburgo 580, Andorra 455.

Resumiendo: Suiza (más de 18.800) y Luxemburgo (casi 10.000 millones) concentran una tercera parte del total de 90.976 millones declarados en el modelo 720⁶³³.

⁶³²https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Sala_de_prensa/Notas_de_prensa/2015/Suiza_y_Luxemburgo_concentran_un_tercio_de_los_importes_declarados_por_los_contribuyentes_en_bienes_y_derechos_en_el_extranjero.shtml, (último acceso 7-3-19).

⁶³³ Póngase este aspecto en conexión con lo ya explicado en el capítulo I sobre paraísos fiscales.

Toda esta información sigue nutriendo la base de datos de la AEAT para futuras comprobaciones y permite ensanchar las bases imponibles de los impuestos, dado que el modelo 720 induce a la correcta tributación en el impuesto sobre IRPF y el Impuesto sobre el Patrimonio.

De los más de doscientos países y territorios sobre los que consta información declarada en el modelo, entre los paraísos fiscales Andorra es el octavo territorio receptor de fondos. Panamá el 16º; Uruguay, catalogado como centro financiero, el 18º y 21º Bahamas con 680 millones y Liechtenstein con 678 millones ocupa el puesto 22º entre las preferencias de los españoles.

La mayor parte de los paraísos fiscales aparece en la lista con importes e inversiones relativamente menores.

Como afirma la Nota de Prensa del MINHAP⁶³⁴ de 25 de mayo de 2016, en su cuarto año de vigencia el modelo 720 ha generado un notable volumen de recaudación e información para la AEAT en relación con los bienes y derechos situados en el extranjero. Del total declarado en 2016, cuyo importe alcanza los 13.755 millones de euros, 2.600 millones han sido declarados por primera vez.

Haciendo balance de los cuatro años, se han declarado un total superior a los 141.000 millones de euros que se desglosan en:

- Cuentas bancarias y de crédito que supera los 24.600 millones de euros en cuentas que hasta 2012 permanecían ocultos o eran opacos al Fisco español;
- Inmuebles, la cifra asciende a más de 12.000 millones;
- Fondos, acciones y seguros importe superior a 104.000 millones.

Dos conclusiones, a priori, pueden extraerse de este funcionamiento regular del Modelo 720:

- De una parte, la absoluta normalidad con que se está actualizando por parte de aquellos contribuyentes que ya lo presentaron previamente;

⁶³⁴ <http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2016/AEAT/25-05-16%20NP%20720%20año%202016.pdf>, (último acceso 12-1-17).

- De otra, el constante flujo que permite aflorar e incrementar año tras año, desde su puesta en funcionamiento, cantidades e importes significativos que salen del anonimato fiscal y engrosar las declaraciones presentadas.

Por años en 2013 (el primero) se declararon un total de 91.300 millones por parte de 136.498 declarantes, en 2014 hubo 20.907 millones, en 2015 los 86.875 declarantes arrojaron 14.954 millones nuevos y este último los ya citados 13.755 millones de euros.

El Ministerio insiste en que la causa de estas significativas cifras recae en el control tributario internacional, arbitrado a través del intercambio de información tributaria. El temor al incumplimiento tributario (y las altas sanciones que lleva aparejado) posibilitan que se reciban, incluso, declaraciones fuera del plazo correspondiente.

La AEAT está creando con toda esta información un acervo que le permita realizar comprobaciones “presentes y futuras” a los que deben sumarse unos 7.000 contribuyentes que no han presentado su declaración 720 y debieron hacerlo según considera la Agencia o la presentaron incorrectamente.

Simultáneamente la Agencia recuerda a los contribuyentes que presentaron bienes en el modelo que deben incorporar sus rentas procedentes de estos bienes a la declaración de IRPF y en su caso a la declaración del Impuesto de Patrimonio.

Por su parte, la Resolución de 13 de Marzo de 2013 de la Presidencia de la AEAT⁶³⁵ aprueba una nueva organización y estructura de la Inspección de Tributos para poder luchar con mayor eficacia contra el fraude y la evasión fiscal.

La Resolución menciona expresamente la cooperación internacional como causa e inspiración de nuestra Administración Tributaria, al reorganizarse y dotarse de organismos modernos y eficientes que conozcan el entorno internacional donde se producen principalmente estas conductas. La actuación se ubica dentro de los cambios estructurales que se están produciendo en los últimos años en nuestro entorno⁶³⁶

⁶³⁵ Resolución de 13 de marzo de 2013, de la Presidencia de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por la que se modifica la del 24 de marzo de 1992 sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria. BOE de 15 de marzo de 2013, <http://www.boe.es/boe/dias/2013/03/15/pdfs/BOE-A-2013-2811.pdf>, (último acceso 27-12-16).

⁶³⁶ Al respecto traemos a colación el papel asignado a la Autoridad Bancaria Europea en la coordinación de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo junto con el análisis de la normativa contable y prudencial de los bancos que operen en territorio de la UE. Hemos profundizado

(específicamente el europeo, fruto de un mayor interés en la lucha contra el fraude). Ese enfoque internacional propicia el alumbramiento de la Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional (ONFI).

Para concluir hay un dato notable a tener en consideración: la Comisión Europea ha decidido llevar a España ante el TJUE por imponer sanciones desproporcionadas a los contribuyentes españoles que no notifiquen los activos poseídos en otros Estados de la UE y del Espacio Económico Europeo (EEE). En tal sentido, la Comisión considera que las sanciones por cumplimiento “tardío o incorrecto” de esta obligación de información legítima son desproporcionadas y discriminatorias⁶³⁷.

4.2.2.1.2 La Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional (ONFI).

La ONFI tiene competencias en todo el territorio nacional y se sitúa dentro del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria junto a la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF), la Unidad Central de Coordinación en materia de Delitos contra la Hacienda Pública y la Unidad de Coordinación de Grupos.

La Resolución, modifica otra de 24 de marzo de 1992 propiciando que la Oficina Nacional de Investigación del Fraude acometa “funciones de asistencia mutua internacional...a través del Equipo Central de Información como órgano encargado de la canalización del intercambio de información con otras Administraciones públicas nacionales, supranacionales o extranjeras actuando, a estos efectos, como oficina central de enlace en comunicación directa con oficinas similares de otros países”. Sin embargo, el punto que más interés nos concita es el que versa sobre la creación de la ONFI.

Sus funciones se explicitan a lo largo del art. 5.1 de la Orden PRE/3581/2007 sobre los Departamentos de la AEAT y en concreto las letras u, v, w, x e y.

Los miembros de la nueva Oficina son funcionarios que actúan bajo el Jefe de la misma y cada equipo tendrá aun inspector al frente de las mismo.

sobre este aspecto así como el posicionamiento de la UE en CORONAS VALLE, D.: “Avances en materia de cooperación internacional, lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El estado del arte en 2018” Revista Carta Tributaria núm. 49, Ed. Wolters Kluwer, abril 2019, pp. 26-37. En efecto apreciamos una traslación de papel supervisor de la ABE ante el fraude y la evasión fiscal al colocarse al frente de los reguladores en la materia en el entorno europeo. Adicionalmente, ya preconizábamos esta necesidad cuando se estudiaba en el epígrafe 1.4.1.2 del capítulo I a este supervisor.

⁶³⁷ El Comunicado de prensa de 6-6-19, publicado en Bruselas, se encuentra disponible en https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2774_es.htm (último acceso 3-9-19).

Los procedimientos sancionadores corresponden a la propia ONFI y sus correspondientes equipos. El resto de las modificaciones operadas persiguen actualizar e incluir menciones a la propia ONFI en el organigrama de la AEAT y sus correspondientes funciones y rangos de quienes la integran.

Aunque comprensible por la complejidad documental de los procesos, nos llama la atención la limitación material de un umbral que podrá inspeccionar cada técnico de Hacienda, fijándose en “obligados tributarios que desarrollen actividades económicas cuya cifra de negocio o en su defecto, el volumen anual de operaciones declarado en cualquiera de los ejercicios comprobados supere los 3.500.000 de euros tratándose de actuaciones de carácter general o 5.700.000 euros tratándose de actuaciones de alcance parcial.” Es evidente que se persigue una actuación colegiada por parte de los técnicos que propicie el trabajo en equipo, dada la dificultad de abarcar la comprensión de estas conductas y delitos. Precisamente la colaboración entre funcionarios alcanza un nuevo vigor con la posibilidad de que funcionarios con dependencias autonómicas de Inspección colaboren en actuaciones de la ONIF y de la ONFI, quedando todo ello recogido en los preceptivos expedientes.

Según Nota de prensa emitida por el Ministerio de Hacienda,⁶³⁸ permitirá planificar acciones y apoyar a otras unidades de Inspección actuando con criterios comunes. Sus ámbitos preferentes serán los precios de transferencia establecidos entre entidades pertenecientes a un grupo multinacional y la tributación en España de la renta obtenidas por no residentes. Estos dos aspectos son precisamente los resquicios menos tratados hasta ahora por nuestra literatura tributaria y en especial por el intercambio de información dada la bisoñez de esta. Cubrir ese déficit y establecer criterios y directrices de actuación en foros internacionales sobre la asistencia mutua son los dos vectores esenciales de esta Oficina.

La ONFI, con sede en Madrid, nace con vocación de ser la Unidad de referencia dentro de un ámbito de alta especialización técnica. La previsión es que llegue a tener unos cincuenta empleados, que estarán específicamente dedicados a la prevención del fraude

⁶³⁸ Nota de prensa del MINHAP de 15-3-13, <http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2013/S.E.%20HACIENDA/15-03-13%20%20ONFI.pdf>, (último acceso 27-12-16).

fiscal internacional, alineándose así como las iniciativas CRS, BEPS y el Plan de Acción de la UE para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal.

En nuestra opinión, la actuación más relevante que la ONFI puede llevar a cabo se relaciona con las directrices y competencias para seleccionar contribuyentes a inspeccionar así como emitir informes técnico-tributarios elaborando propuestas normativas.

Junto a la creación de la Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional (a semejanza de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, OLAF), destacamos la fijación de medidas para evitar la doble imposición y la desviación artificial de beneficios a terceros Estados así como el control de operaciones realizadas con paraísos fiscales. Se mantiene la presión sobre los precios de transferencia especialmente en operaciones intra-grupo.

Los Presupuestos Generales del Estado de 2014 recogen unos ingresos por lucha contra el fraude fiscal de 9.222 millones de euros, siendo las expectativas superiores a esa cifra en un 17%.

Dentro del uso masivo de las nuevas tecnologías, asistimos a la recopilación de información en los sistemas, pero esta información hay que saber usarla, cruzarla e interpretarla para la detección del fraude.

4.2.2.1.3 Los Planes de Control Tributario de 2013 a 2018.

En este epígrafe estudiamos los Planes de Control puestos en marcha por la Agencia Tributaria en su lucha contra el fraude.

El Plan de 2013⁶³⁹ prevé alcanzar una recaudación de 9.130 millones de euros superando en un 11% las cifras de 2012. Lógicamente, la aparición del citada Ley marca el devenir de los planes posteriores, y significativamente en este de 2013, al intensificar las medidas de prevención y desplegar nuevas líneas de actuación para tal fin.

Destacamos por su vinculación con el tema de nuestro trabajo dos medidas sobre el resto:

- Nueva información sobre bienes y cuentas en el extranjero.

⁶³⁹ Según Nota de prensa del MINHAP de 12-3-13.

La actuación de la AEAT consistirá en comprobar la situación tributaria de los contribuyentes que no han presentado declaración informativa y ofrezcan indicios de operaciones con el extranjero de los que se deduzcan la existencia de bienes y derechos ocultos fuera de nuestras fronteras. Por otra parte, la declaración informativa será aprovechada para impulsar peticiones de asistencia mutua a otros Estados de la UE permitiendo la adopción de medidas cautelares o el embargo de bienes;

- Derivaciones de responsabilidad, entendiendo por tales aquellas medidas practicadas en fase recaudatoria, citando expresamente actuaciones tendentes al levantamiento del velo societario, identificación de administradores de hecho y responsables solidarios por ocultación de bienes. Es oportuno recordar aquí el énfasis especial que CRS aplica al localizar a la persona(s) de control de las personas jurídicas sujetas a su ámbito de aplicación.

El resto de medidas, como el control efectivo de los pagos limitándolos a 2.500 euros, el impulso a las medidas cautelares para evitar vaciamientos patrimoniales o actuaciones en el ámbito concursal, mantienen conexiones con el ámbito societario son igualmente reseñables, aunque de menor impacto por la temática de nuestro trabajo.

En la lucha contra la economía sumergida se programaron para ese año un total de 17.000 visitas de verificación del cumplimiento fiscal y 2.600 personaciones de recaudación en locales de propiedad de defraudadores; todo lo cual permite, como señala el propio Plan, aumentar un 19% las cifras de 2012. En el apartado de planificación agresiva, la AEAT reforzará los controles relacionados con la planificación fiscal agresiva y comprobará otras operaciones así como regímenes y sectores de actividad específicos. En sintonía con lo anterior, dedica atención prioritaria al cálculo de los ingresos fraccionados por Impuesto de Sociedades y analiza los contribuyentes acogidos a procesos de regularización voluntaria comprobando si se ajustan a la normativa reguladora. Igualmente se produce un reforzamiento de las actuaciones de Vigilancia Aduanera contra el fraude fiscal, comprometiendo nuevas técnicas de investigación procedentes de la lucha contra el blanqueo de capitales.

El Plan de Control de 2014, como ya se ha señalado, contenía como elemento más destacado la creación de la ONFI, sin perjuicio de adoptar medidas para investigar en profundidad la llamada economía digital. En este entorno, y aprovechando la

deslocalización que propicia la red, puede ocultarse como fraude actuaciones que buscan eludir sus obligaciones tributarias en España.

A todo ello debe añadirse el papel destacado del personal dedicado a la auditoría informática en las investigaciones sobre economía sumergida. Este personal, adscrito a la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF), persigue esencialmente la detección de manipulaciones de los libros de contabilidad y de registro, la llevanza de doble contabilidad o de ocultación parcial de la actividad. Otra actuación destacable contenida en el Plan de ese año consistió en aumentar las inspecciones para detectar la utilización abusiva de formas societarias en actividades empresariales en sus relaciones con socios, trabajadores, administradores o personas vinculadas con ellos, que tengan como objeto disminuir la tributación global.

En relación con las herramientas de la Ley 7/2012 y, como consecuencia de las obligaciones que impone el modelo 720 sobre bienes y derechos en el extranjero, se van a intensificar las inspecciones para determinar defectos de tributación en imposición directa así como incumplimientos de la obligación de declarar. Se ponen en marcha nuevos controles sobre el régimen de estimación objetiva, fijado por la Ley 7/2012, al comprobar posibles divisiones artificiales de la actividad para conseguir el mantenimiento en el régimen de módulos. Y en el terreno de la recaudación se aplicará el nuevo supuesto sobre responsabilidad que facilita la acción para el cobro contra los administradores en empresas carentes de patrimonio embargable, pero con actividad económica regular y con liquidaciones recurrentes sin ingreso efectivo.

Más ilustrativo y alineado con las últimas tendencias normativas nos resulta el Plan de Control de 2015⁶⁴⁰, aprobado por Resolución de 9 de marzo de 2015 publicada en BOE de 11 de marzo de 2015.

Como todos sus Planes antecesores se nos recuerda, que siguiendo el art. 116 de la LGT, el contenido de estos Planes tiene “carácter reservado sin perjuicio de la publicidad de las directrices generales que lo informan”.

Los tres pilares sobre los que se sustenta son:

- Comprobación e investigación del fraude tributario y aduanero;

⁶⁴⁰ <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/11/pdfs/BOE-A-2015-2603.pdf>, (último acceso 10-1-17).

- Control del fraude en fase de recaudación;
- Colaboración entre la AEAT y las autoridades tributarias de las Comunidades Autónomas (CCAA).

Dentro del bloque relativo a la comprobación hallamos once puntos y nos detenemos en el que se ocupa de la economía sumergida, definida como aquellas “actividades que son deliberadamente ocultadas a las autoridades con el fin de eludir tanto el pago de impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social como el cumplimiento de la normativa laboral”. Junto al perjuicio que causan, se trata de conductas que suponen una competencia desleal pero, que además del punto de vista ético, socavan la confianza del contribuyente cumplidor de sus deberes fiscales.

Nuevamente las investigaciones apoyadas en herramientas informáticas serán sustanciales a la hora de la investigación y posterior toma de decisiones (específicamente contra el llamado software de doble uso utilizado para la manipulación contable). Se han diseñado actuaciones conjuntas con la Inspección de Trabajo cuando del intercambio de datos entre Administraciones Públicas derive información sobre riesgos laborales o fiscales para trabajadores y obligados tributarios.

Otro punto que acapara nuestra atención es la investigación de patrimonios en el exterior, orientado especialmente a territorios no colaborativos o con elementos normativos que dificultan el intercambio efectivo de información. Debe subrayarse al respecto, la asunción por parte de la Administración española, no solo del criterio internacional que determina la existencia de un paraíso fiscal (véase capítulo I de esta tesis), sino la amplitud terminológica usada para dar cabida a paraísos fiscales así como a cualesquiera otras jurisdicciones que entorpezcan el intercambio, basándose en normas internas. Es oportuno traer a colación en este momento, la regulación CRS y, especialmente los notables esfuerzos de la UE, a través de sus Directivas que desarrollan y profundizan a las anteriores regulaciones de la UE. Por tanto, ha de concluirse la óptima posición que adoptan nuestras Autoridades Tributarias en el concierto europeo e internacional sobre esta materia.

Nadie puede dudar, desde 2010 al menos, del trabajo de la Administración Pública española en este sentido y de los impulsos que se están dando para lograr actuaciones

coordinadas en la mejora del intercambio de información en el marco de los organismos internacionales.

Seguidamente el Plan enumera los hitos producidos en España en los últimos años:

- Ley 7/2012 con modelo 720;
- Los trabajos en el seno del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria para mejora de los estándares;
- Directiva 2011/16 de la UE,
- El Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes, firmado en Berlín en octubre de 2014⁶⁴¹, que impulsa el CRS;
- La aprobación en 2014 de medidas técnicas para aplicar el Acuerdo FATCA entre EEUU y España de 2013.

En resumen, un conglomerado jurídico con la finalidad de establecer un estándar internacional para el intercambio de información tributaria con carácter automático y que posibilitara a la AEAT realizar numerosas investigaciones.

De igual manera nos fijamos en el apartado sobre Planificación fiscal internacional. Como sabemos, se trata de un fenómeno consistente en la utilización de estructuras para reducir las bases imponibles en aquellos territorios donde se genera el valor, así como, desvío de fondos a territorios de baja tributación, completando un circuito, no virtuoso, pero característico.

De nuevo el G20 y la OCDE han colaborado e impulsado el proyecto BEPS para evitar la Erosión de las Bases Imponibles y desviación de Beneficios (*Base Erosion and Profit Shifting*).

Alineado con este trabajo resalta la aprobación de criterios BEPS en la Ley 27/2014 de 27 de noviembre⁶⁴² sobre el Impuesto de Sociedades y normas específicas de lucha contra el uso de instrumentos híbridos por los contribuyentes.

⁶⁴¹ Se ha estudiado este Acuerdo en el capítulo II de este trabajo.

⁶⁴² https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-12328, (último acceso 11-1-17).

Por su parte, la UE ha modificado la Directiva Matriz-Filial, a través de la Directiva 2011/96/UE,⁶⁴³ que incorpora una cláusula anti abuso para que en situaciones de casos con beneficios distribuidos por la filial, estos puedan ser considerados gasto deducible para dicha filial en origen (Directiva 2014/86/UE⁶⁴⁴) y también una cláusula anti abuso general para casos que solo persiguen un ventaja fiscal.

En este extremo, se recurre nuevamente a la ONFI para detectar áreas de riesgo concretas que afectan a dos grandes esferas: personas físicas y jurídicas de tal suerte:

- Control sobre operaciones realizadas con territorios de fiscalidad ventajosa y análisis pormenorizado de tributación de operaciones que incluyan personas o entidades residentes en paraísos fiscales confirmando su adecuación a la normativa fiscal. Igualmente para personas o entidades que localizan de manera ficticia su residencia fiscal en tales jurisdicciones para eludir el impuesto;
- Control de operaciones de contribuyentes con residencia fiscal en España que se sirvan de instrumentos híbridos o de otros de planificación fiscal agresiva para eludir o minorar el pago de tributos en España. De igual manera se toman en consideración casos que utilicen las pérdidas o gastos mediante la transmisión de valores intra-grupo;
- Comprobaciones de actividades económicas realizadas en España por no residentes analizando su correcta tributación y con especial atención a las situaciones de tránsito de residencia;
- Comprobaciones, habidas en el marco de la cooperación internacional, que precisen actuaciones multilaterales con intercambio de información tributaria;

⁶⁴³ Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros; DOUE 29-12-11 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:345:0008:0016:ES:PDF>, (último acceso 11-1-17).

⁶⁴⁴ Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes; DOUE 25-7-14 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2014_219_R_0009&from=ES, (último acceso 11-1-17).

- Actuaciones para detección de establecimientos permanentes radicados en España por contribuyentes que tributan como no residentes sin establecimiento permanente de manera especial en el marco de grupos multinacionales que tienen presencia en España;
- Control de pagos relevantes al exterior y operaciones de mayor complejidad que resulten de la aplicación de medidas anti abuso nacional o de convenios bilaterales;
- Control, en materia de precios de transferencia, sobre operaciones de reestructuración empresarial complejas;
- Control sobre operaciones de adquisición de participaciones con apalancamiento, fundamentalmente cuando se acredite que la operación genera gastos financieros como finalidad principal.

En otro orden de cosas, resulta relevante la profundización y atención prestada al mundo de la economía digital y, en concreto, al uso de la tecnología en un entorno globalizado que permite un alto grado de fraude mediante la deslocalización que propicia la red. Se trata de captar información en internet obteniendo indicios y patrones de comportamiento⁶⁴⁵.

En el apartado de control sobre regímenes jurídicos específicos nos ha llamado la atención la intensificación de actuaciones de control sobre fundaciones y entidades sin ánimo de lucro para evitar una utilización abusiva del régimen fiscal especial. Nuevamente la Administración se alinea con los postulados actuales, que prescriben una atención especial a estos casos por la dificultad de su control y averiguación de su operativa y personas de control.

Otro aspecto a reseñar es el empleo de técnicas de policía judicial para reforzar el espacio aéreo español, las aguas jurisdiccionales y los recintos aduaneros todo ello potenciando el intercambio de información y la cooperación internacional. Se percibe

⁶⁴⁵ Sobre este particular pueden consultarse las perspectivas propuestas por NOCETE CORREA, F.J.: “Ilusión fiscal y economía digital: ¿hacia una planificación normativa agresiva?” Revista Carta Tributaria, núm. 43, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, octubre 2018, pp.51-70.

pues una conciencia clara del legislador sobre esta necesidad que se ve plasmada y reiterada en estos últimos Planes de Control.

Por lo tanto la conciencia de esta cooperación internacional resulta patente pudiendo afirmarse que ha calado hondamente en los procedimientos de nuestra Administración.

Nuestro análisis se detiene, en este punto, en la Resolución de 22 de febrero de 2016 que aprueba las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2016⁶⁴⁶.

Dentro del apartado de investigación de patrimonios y rentas en el exterior, este Plan introduce una mención expresa y novedosa al Intercambio de Información Automático (*Automatic Exchange of Information*, AEOI) a raíz de la participación directa de España con otros países de la UE en este proyecto en el ámbito de la imposición directa.

Estas herramientas han permitido “reordenar y efectuar un mejor tratamiento de la información disponible sobre cuentas financieras así como movimientos de divisas y operaciones relacionadas con no residentes”. La pretensión es detectar bienes, rentas y derechos ocultos al fisco, con especial atención a los contribuyentes que han presentado el modelo 720, comprobando la veracidad de su situación fiscal y patrimonial.

Por su parte y dentro del apartado dedicado a la Planificación fiscal internacional, hay una mención al Código de Buenas Prácticas Tributarias⁶⁴⁷ y la información que atañe a la presencia en paraísos fiscales, y tributación internacional congruente con criterios BEPS de la OCDE y el G20.

Resulta oportuno recordar en esta instancia, la creación, en el ámbito de la UE, del llamado Grupo “Código de Conducta” para la fiscalidad de las empresas. Se trata de un grupo, creado en el ECOFIN de 9 de marzo de 1998, con la finalidad de evaluar las medidas fiscales que corresponden al Código de Conducta aprobado en diciembre de 1997⁶⁴⁸ para derogar la competencia fiscal perniciosa de las empresas supervisando el intercambio de información regulado.

⁶⁴⁶ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-1836, (último acceso 11-1-17).

⁶⁴⁷ Véase capítulo I, epígrafe 1.4.2.1.

⁶⁴⁸ Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal - Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 1 de diciembre de 1997 relativa a un Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas –

En concreto, el Grupo estudia normas contra prácticas abusivas, y a favor de una mayor transparencia e intercambio de información en el ámbito de los precios de transferencia, fomentando los principios contenidos en el Código de Conducta en países no comunitarios. Los postulados sostenidos por el Código y su Grupo de estudios se encuentran hoy subsumidos por la regulación internacional relativa a BEPS y las Directivas europeas sobre fiscalidad de empresas y multinacionales desde el año 2016. En 2013 se creó un subgrupo para estudio de mecanismos híbridos asimétricos, denominado Subgrupo Anti Prácticas Abusivas.

El resto de sectores que el Plan de 2016 contiene no presenta novedades relevantes sobre las expresadas en años anteriores, siendo una continuación y perfeccionamiento de los criterios previos ya glosados.

El Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2017⁶⁴⁹ continúa nuestro recorrido por las directrices de la Administración Tributaria española en los últimos años y en el que hemos podido apreciar la evolución y el cambio de enfoque, valorando el elemento internacional y la cooperación transfronteriza. En efecto, la Administración ha comprendido la necesidad de actuar coordinadamente con otras jurisdicciones y ha profundizado en el concepto de residencia fiscal de los ciudadanos, tanto comunitarios como del resto de países del mundo.

El salto de calidad entendemos que se produce en la aprehensión por parte de las autoridades al comprender el valor de la información que aglutinan tanto en el campo tributario como en el de la seguridad.⁶⁵⁰ Esa información debe ser procesada cuidadosamente para extraer conclusiones útiles en la lucha contra el fraude fiscal. Por su magnitud y por la complejidad a la hora de asociar elementos de esta información se precisan potentes y modernas herramientas y programas informáticos, que permiten al tiempo la inmediatez en la comprobación y el intercambio de datos entre Administraciones nacionales.

Fiscalidad del ahorro. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31998Y0106%2801%29>, (último acceso 14-11-18).

⁶⁴⁹ Resolución de 19 de enero de 2017 de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por la que se aprueban las directrices general del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2017 publicado en <https://www.boe.es/boe/dias/2017/01/27/pdfs/BOE-A-2017-871.pdf>, (último acceso 10-2-17).

⁶⁵⁰ En tal sentido téngase, nuevamente, en cuenta el Reglamento 2016/679 Europeo de Protección de Datos y las notables exigencias y garantías que para la privacidad de las personas físicas promueve.

El Plan de 2017 acentúa este último planteamiento como línea maestra de actuación que debe ser simultáneamente conjunta con otros órganos de la gestión tributaria y la inspección.

Otro aspecto reseñable de este Plan consiste en el mantenimiento e intensificación en la lucha contra el fraude producido por las empresas a través de la deslocalización de sus bases imponibles; para contrarrestar estas actuaciones nació el proyecto BEPS de la OCDE que podríamos, hasta cierto punto, equiparar con CRS en su apartado de personas físicas. La tendencia, y ya se ha actuado en el IVA en tal sentido en el marco de la UE, como veremos a continuación, es la inmediatez, es decir, simultaneizar la realización de operaciones con la presentación de la declaración. La cooperación con las asociaciones y colegios profesionales tributarios y la AEAT cierra un ámbito, hasta el momento, huérfano de actuaciones decisivas.

La implantación del sistema de Suministro Inmediato de Información para la gestión del IVA es el elemento de mayor calado en el apartado de lucha contra la economía sumergida. Este sistema será integrado en el de mayor magnitud conocida como Suministro Inmediato de Información que detectará indicios de infradeclaración y permitirá revisar declaraciones con profundidad. La información recopilada será puesta en conexión con un profundo análisis de la del patrimonio y de la capacidad de adquisición del mismo en la búsqueda de “situaciones patrimoniales inconsistentes” de las empresas.

Tras la publicación del Real Decreto-Ley 3/2016 de 2 de diciembre⁶⁵¹ que adopta medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, queda nuevamente de manifiesto la importancia, no solo de la información fiscal de los ciudadanos, sino del ingente volumen que de la misma puede hacer la Autoridad Tributaria competente y la Administración Pública en general.

Precisamente de la correcta gestión de la misma y la preceptiva protección de los datos han sido objeto de nuestro interés en el capítulo precedente.

El RD-Ley aborda un conjunto de medidas tributarias con el objetivo de reducir el déficit público en 2017 como objetivo fundamental según nos exige Bruselas.

⁶⁵¹BOE núm. 292 de 3 de diciembre de 2016.

El texto nos anuncia la publicación de un Real Decreto para la implantación, gestión y control tributario del Impuesto del IVA a través del denominado sistema de Suministro Inmediato de Información (SII)⁶⁵². Este sistema está dirigido a grandes empresas y ha entrado en vigor el 1 de julio de 2017.

Según fuentes de la AEAT, se estima que unas 62.000 empresas facturan algo más del 80% del total del IVA en España.

La recaudación del IVA y gestión constituyen, en el entorno de la UE, una bolsa de fraude muy considerable y una de las prioridades de la Comisión Europea.

Los rasgos que caracterizan a este novedoso sistema son la inmediatez y la agilidad en la comprobación de errores por parte de Hacienda. Dada la magnitud de los cambios las empresas afectadas, que son aquellas grandes empresas que están obligadas a presentar mensualmente declaraciones o cualesquiera otros sujetos pasivos que opten por su aplicación, deben instaurar el sistema que elimina la obligación, por contra, de presentar el modelo 390 anual, el 340 así como el 347 sobre operaciones con terceras personas y se incentiva su uso concediendo 30 días (frente a los 20 anteriores) para su plazo de presentación.

El SII supone, por tanto, un cambio estructural muy notable a la hora de llevar los registros del contribuyente y permitirá conocer en tiempo real (su base es electrónica e informática) la facturación y cifras de IVA desde la sede electrónica de nuestra Administración Tributaria.

Volviendo al Plan de 2017, otro bloque importante de atención lo forman las investigaciones patrimoniales sobre personas físicas. Es aquí donde FATCA se encuadra alcanzando relevancia especial. Las actuaciones se dirigen a la lucha contra los paraísos fiscales y las rentas derivadas hacia ellos así como el afloramiento de patrimonios ocultos al fisco español. Reseñable comprobar el lenguaje preciso del Plan que distingue (a diferencia de los primeros Planes que hemos comentado) entre cuentas,

⁶⁵² Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, para la modernización, mejora e impulso del uso de medios electrónicos en la gestión del Impuesto sobre el Valor Añadido, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre en BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2016.

patrimonio, sociedades interpuestas y cooperación internacional. Todo ello con un fin: que no disminuya la confianza en la justicia del sistema tributario español y que no se reduzca la recaudación del mismo pues esta es en beneficio de todos.

El intercambio automático de información ha sido designado internacionalmente como estándar para lograr la máxima transparencia en la titularidad de activos financieros apoyándose en las normas ya existentes contra el blanqueo de capitales. De tal forma el Plan anuncia en 2017 la depuración de datos obtenidos a través de FATCA, estableciéndose medidas de control a partir de estos pero, sobre todo, anuncia la puesta en marcha del sistema de información CRS al que nuestro país se adhirió en 2014. En el ámbito de la UE este intercambio de información fiscal encuentra base legal en las Directivas 2011/16/UE y 2014/107/UE conocida como DAC2 (*Directive on Administrative Cooperation*).

Como resultado de estas nuevas medidas nuestra Administración tributaria tendrá, desde finales de 2017, nuevos datos para analizar la situación patrimonial y tributaria de los contribuyentes. Esa información se suma a la que ya obra en poder de la AEAT procedente del modelo 720 y del modelo 750 o declaración tributaria especial.

Constatamos por tanto que la mayor parte de información de nuestras autoridades llega por cauces internacionales de cooperación (FATCA, CRS, DAC) y es de reciente creación (a partir de 2012) exigiendo sofisticados medios informáticos para su gestión y explotación coordinada. Esa explotación permitirá rellenar lagunas y conectar datos y patrimonios para un mejor control.

Es una prioridad así mismo que España cumpla adecuadamente con sus compromisos internacionales en materia de intercambio llevándose a cabo los cambios legislativos internos precisos para la adaptación de la normativa interna e involucrando en la labor a las instituciones financieras establecidas en España. En contrapartida España exigirá la reciprocidad en el intercambio de datos. Esta prioridad es novedad del Plan de 2017 al menos en su expresión literal, y, entendemos que marca un punto de no retorno (más de inicio) para la configuración del intercambio automático como sistema internacional de cooperación inicialmente tributario. Este cause abierto tiene vocación de permanencia y de crecimiento.

Otro factor anunciado, menos novedoso pero igualmente necesario, lo constituye el paquete de medidas para luchar contra jurisdicciones de baja tributación, es decir, no solo los antaño conocidos como “paraísos fiscales”. Se focaliza en la disponibilidad de activos en el exterior y la utilización de figuras interpuestas para canalizar rentas personales así como el conocimiento (desvelamiento) de las personas de control en sociedades de todos tipo (tanto las que ocultan rentas como las que no). En resumen, guerra contra el fraude empleando todos los resortes (legales, jurídicos e informáticos) que la Administración española tiene a su alcance.

Sin embargo el punto culminante de este Plan de 2017, el elemento innovador en relación a los anteriores Planes, radica en la declaración relativa a los “falsos no residentes de alto poder adquisitivo” y los “dobles no residentes”. En tal sentido, expresamos nuestra satisfacción por esta preocupación, no frecuentemente expresada, y porque atisbamos correcta la necesidad de una precisión legislativa sobre el concepto de residencia fiscal aplicado al intercambio automático. Sería conveniente reforzar y conectar esta residencia fiscal, positivada en nuestra LGT, en relación a la iniciativa CRS y en menor medida FATCA, donde prima el criterio de nacionalidad sin descartar residencia. Se nos antoja capital una mayor presión sobre la residencia fiscal pero también una mejor explicación de la *ratio legis*, en el contexto actual.

Varias razones vendrían a corroborar nuestro argumento, partiendo de que la dispersión normativa actual con documentos y anexos con que la Administración sobrecarga a las instituciones financieras y clientes (documentos que reiteran información), y que bien podrían simplificarse y unificarse, tal y como algunos bancos están llevando a cabo.

En conclusión, no solo se trata de recopilar mayor cantidad de información, sino de usar e interconectar estos datos con otras variables, como territorios de baja tributación, situaciones patrimoniales y acopio de información previa en bases de datos tributarias.

En materia de multinacionales y empresas con actividad transfronteriza resulta esclarecedor percatarnos de como la Administración acusa recibo sobre la inutilidad de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI) que en más ocasiones de las deseadas han resultado convenios para la “doble desimposición” tal y como expresivamente los define este Plan. Reducir la planificación fiscal agresiva es, por tanto, un objetivo primordial articulado a través del proyecto BEPS cuya entrada en vigor se anuncia durante 2017.

Y como rúbrica que demuestra esta conciencia pública del entorno internacional en una fiscalidad interconectada, se citan, para ser tenidas en cuenta por nuestra Administración Tributaria, las Directivas comunitarias, que ya hemos estudiado, 2015/2376 del Consejo (DAC3) sobre intercambio de *tax rulings* y la Directiva 2016/881 del Consejo (DAC4 relativa al intercambio del informe “País por País” a partir de 2018). Los trabajos para coordinar e integrar toda la información relativa a multinacionales, BEPS y estas Directivas se encomiendan a la ONFI, que sigue ganando protagonismo sobre el que fundacionalmente estaba previsto.

En suma, el Plan afirma que nos hallamos ante “un nuevo marco jurídico-tributario nacional e internacional”.

Dos aspectos completan la línea programática en los trabajos frente a estructuras de planificación fiscal empresarial:

- De una parte, controlar a entidades que operan en la economía digital en relación a una presencia de establecimientos permanentes revisando la justificación de pagos y deducciones aplicadas;
- De otra, se efectuarán controles simultáneos con otros países para ampliar y facilitar el objetivo de las normas tributarias evitan su elusión.

La coherencia en los ingresos declarados es otro aspecto destacado al que se prestará atención especial y concretamente en el campo de los servicios profesionales.

Por último, nos resulta reseñable la implantación en 2017, dentro del ámbito aduanero, de la Ventanilla Única Aduanera de gestión totalmente informatizada, para posibilitar mayor coordinación con otros servicios de inspección.

Un aspecto particular programado es el control de grandes deudores como se denomina a los deudores con incumplimientos sistemáticos elevados. Advertimos aquí la necesidad de un rigor y una aplicación escrupulosa de los preceptos sobre la protección de datos y en concreto de los tributarios que no vulnere la presunción de inocencia pero que tampoco posibilite que la Administración quede desprotegida ante acciones anti jurídicas, despreciando indicios de los contribuyentes.

El Plan Anual de Control Tributario de 2018 publicado por el Ministerio de Hacienda⁶⁵³ enumera una serie de interesantes actuaciones estatales como pilares en la lucha contra el fraude.

El Suministro Inmediato de Información (SII)⁶⁵⁴ sobre el IVA, y la información de cuentas financieras procedentes del CRS, son las nuevas fuentes de información que facilitarán el control de las actividades empresariales y profesionales ocultas de alguna manera por parte de Hacienda, e incorporará sus resultados al resto de instrumentos empleados contra la economía sumergida. Lo cierto es que la implantación del SII aportará inmediatez y eficacia en los embargos que se pretenda trabar así como su posterior control. A estas iniciativas han de sumarse, como se ha señalado, la información procedente del Acuerdo FATCA y la recopilada a través de los modelos 720 y 750, que aglutinan información sobre bienes y derechos en el extranjero de los contribuyentes españoles.

Las nuevas tecnologías resultan determinantes a la hora del manejo de este ingente caudal de información y de las conclusiones que pueden extraerse para un adecuado cumplimiento normativo que conlleve una distribución justa de la presión fiscal, aplicando los principios constitucionales.

Novedosa y oportuna nos resulta la mención que algunas unidades de investigación de la AEAT realizarán sobre las criptomonedas y la llamada “*deep web*” o internet profunda como escenarios propicios por parte del crimen organizado en su forma de proceder⁶⁵⁵.

El Plan anuncia un especial foco sobre la detección de rentas y bienes ocultos en el extranjero por parte de grandes patrimonios. En paralelo, se ha tipificado medio centenar de riesgos fiscales para parametrizar conductas y procedimientos a la hora del control preceptivo que la AEAT lleva a cabo.

⁶⁵³ BOE núm. 20 de 23 de enero de 2018 en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-792> (último acceso 5-4-18).

⁶⁵⁴ CORONAS VALLE, D.: “Consideraciones sobre las recientes medidas tributarias y el uso de la información derivada de las mismas” en <http://todosonfinanzas.blogspot.com.es/2016/12/consideraciones-sobre-las-recientes.html>, 10-12-16.

⁶⁵⁵ Debe considerarse al respecto el contenido del epígrafe 3.5 de nuestro capítulo III.

No solo se analiza el patrimonio oculto en paraísos fiscales, sino también aquel que se halle en territorios con restricciones en el intercambio de información (no se ofrece listado al respecto), y se hace hincapié en la localización de bienes y derechos en España por aquellos que simulen residencia fiscal en el extranjero. En junio de 2018 comienza, en el plano internacional, el primer intercambio de información sobre actividad de grupos multinacionales conocido Informe “País por País” (*Country By Country*, CBC) que optimizan los análisis de riesgos de los grandes grupos empresariales para detectar y regularizar prácticas de elusión fiscal⁶⁵⁶.

El Plan de 2018 mantiene, en paralelo, la aplicación de BEPS sobre cuestiones como la utilización abusiva de precios de transferencia o la planificación fiscal agresiva. La investigación sobre establecimientos permanentes de entidades no residentes con estructuras operativas en España completa este bloque de vocación internacional. El documento completa su misión esbozando las líneas de actuación sobre los nuevos modelos de actividad económica a través de internet para evitar la discriminación sobre actividades de trabajo tradicionales. Los sistemas de pago como monederos electrónicos, las transferencias internacionales y los prestadores de servicio *on line* concitarán una atención especial.

Al hilo de esta planificación España ha firmado, en julio de 2018, el Convenio Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los Tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios⁶⁵⁷.

Este Convenio multilateral fue desarrollado en 2016 en el seno de la OCDE y el G20. La firma del mismo permite, de manera simultánea, aplicar medidas de la iniciativa BEPS (lucha contra el fraude fiscal de las multinacionales en ámbito transfronterizo) al tiempo que actualiza el casi centenar de cien Convenios de Doble Imposición (CDI) firmados por nuestro país con diversas jurisdicciones.

Se trata de un instrumento flexible en su aplicación dado que los Estados firmantes⁶⁵⁸ (como España) pueden elegir los artículos y CDIs que van a ser modificados. Esta

⁶⁵⁶ Puede consultarse al respecto el capítulo I, epígrafe 1.2.3.1.

⁶⁵⁷ Texto completo suscrito por España disponible en http://www.congreso.es/112p/e9/e_0095076_n_000_m.pdf, (último acceso 11-3-19).

⁶⁵⁸ Según las páginas 129 y 130 del texto se trata de sesenta y cuatro países firmantes, incluyendo todos los Estados miembros de la UE (y Reino Unido).

técnica jurídica permite mediante reservas y notificaciones optar sobre los aspectos que cada país desee excluyendo el resto⁶⁵⁹. En línea con otras publicaciones de la OCDE (véase el Manual CRS), el Convenio acompaña unos comentarios para interpretar y aclarar dudas y lagunas operativas.

Por consiguiente, el Convenio permite que las Autoridades Tributarias de diversos Estados miembros firmantes actúen coordinadamente y compartan información que impida a las multinacionales usar las fronteras para eludir el cumplimiento de las obligaciones fiscales. No hay que olvidar el documento contiene, por otra parte, disposiciones encaminadas a resolver controversias que puedan surgir en la interpretación de los tratados⁶⁶⁰ e incluso arbitraje obligatorio y vinculantes de forma que se reduce el riesgo de doble imposición y se incrementa la seguridad jurídica en materia tributaria.

De esta manera el sistema tributario internacional mejora su funcionamiento redundando en beneficio de los ciudadanos al evitar una pérdida recaudatoria que recae en la esfera del impuesto de sociedades.

Por otra parte y en alusión a FATCA, debe considerarse el Acuerdo administrativo entre la autoridad competente del Reino de España y la de Estados Unidos de Norteamérica para el intercambio de informes “País por País”, adoptado en San Marino y Madrid el 13 y el 19 de diciembre de 2017⁶⁶¹.

Desconocemos las razones por las que tan notable Acuerdo no ha tenido la repercusión doctrinal que cabría esperar de un texto que viene a cerrar el ámbito de la lucha contra el fraude fiscal corporativo y, en concreto, de los grupos multinacionales de empresas. Se trata de un acuerdo con efectos desde el 19 de diciembre de 2017 y que se compone de tan solo ocho artículos.

La declaración de ambas partes afirma un interés común en contribuir a la transparencia fiscal internacional permitiendo que los dos países, a través de sus autoridades

⁶⁵⁹ Nuestro país ha realizado una declaración sobre Gibraltar y la consideración que le produce ese territorio británico.

⁶⁶⁰ Según la OCDE una cifra superior a los 1.100 Convenios de Doble Imposición se verán afectados por este ambicioso Tratado.

⁶⁶¹ BOE núm. 313 de 26 de diciembre de 2017 en <https://www.boe.es/boe/dias/2017/12/26/pdfs/BOE-A-2017-15459.pdf>, (último acceso 5-4-18).

tributarias, accedan a información sobre rentas mundiales, impuestos pagados así como ciertos indicadores de actividad económica entre jurisdicciones donde operan grupos multinacionales de empresas. Para ello el intercambio automático (de nuevo) de informes (a semejanza del intercambio automático de información sobre personas y cuentas financieras FATCA (2013) firmado como actualización del CDI de 1990) es la herramienta elegida. Esta elección se alinea en la estrategia BEPS propuesta por la OCDE y el G20; de hecho, la complementa y refuerza.

El art. 1 define grupo como conjunto de empresas con una vinculación tal por razones de propiedad o control que le obliga a elaborar estados financieros consolidados a efectos de comunicación de información financiera según la normativa contable de aplicación. Por su parte el grupo de empresas multinacionales (denominado Grupo EMN) engloba a todo grupo que comprenda dos o más empresas con residencia fiscal en distintas jurisdicciones o una empresa residente a efectos fiscales en un país y sujeta a tributación en otro sobre la actividad económica allí desarrollada mediante un establecimiento permanente. Nos resulta muy llamativa e inusual la afirmación del art.1.3 cuando resalta que sobre la aplicación del Acuerdo prevalecerá “la legislación fiscal aplicable de ese Estado contratante” sobre otras ramas del derecho de tal Estado.

Concluimos que, en estos casos, el ordenamiento fiscal se atribuye competencia preferente para cubrir lagunas interpretativas. Aquí la fiscalidad no parece querer “cooperar” con otras ramas que podrían ser útiles y en especial el Derecho Internacional Público y su Derecho de los Tratados.

El intercambio habrá de realizarse anualmente afectando a los grupos de empresas multinacionales que estén sujetos tributación por su actividad a través de un establecimiento permanente situado en el país o territorio de la otra autoridad competente (art.2). El art. 3 determina que el lenguaje informático para el intercambio será el XML (ya utilizado por FATCA y CRS) por, entre otras, razones de seguridad y confidencialidad.

Muy conveniente, en el actual clima de protección a la privacidad de los datos en el ámbito europeo, es el contenido del art.5 que versa sobre uso adecuado, protección de datos y confidencialidad; de hecho, se indica que cada Autoridad puede limitar el uso de la información recopilada para los fines expresamente previstos como son la lucha contra la erosión de las bases fiscales y determinación de precios de transferencia.

Por otra parte son dignas de mención alguna de las medidas contenidas en el Real Decreto 1070/2017 de 29 de diciembre.⁶⁶²

En concreto, al abordar medidas para la prevención del fraude fiscal, se establece la obligación de información específica para las personas o entidades (como las plataformas colaborativas) que intermedian en la cesión del uso de viviendas con fines turísticos (nuevo art. 54 ter del Reglamento General de actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria). Quedan excluidos los arrendamientos y subarrendamientos regulados como tales así como los arrendamientos turísticos de hoteles y otros alojamientos destinados a tal fin.

La nueva redacción que se concede al art. 59 (apartados 1, 4 y 5) tiene su raíz en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la asistencia mutua contenidas en la Directiva 2011/16/UE sobre el intercambio automático y obligatorio de información tributaria y las modificaciones establecidas a su vez en la posterior Directiva 2015/2376 del Consejo de 8 de diciembre de 2015, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad.⁶⁶³ Esta Directiva parte del reto que plantea la elusión fiscal transfronteriza, la planificación fiscal agresiva y la competencia fiscal perjudicial. Todas ellas provocan un debilitamiento de las bases imponibles estatales al reducir los ingresos fiscales nacionales. La Directiva trata de clarificar la legislación fiscal de los contribuyentes europeos dotando de un marco de estabilidad y seguridad jurídica a los inversores.

Se introduce la exigencia de información adicional por parte del consultante tributario cuando la consulta alude a la existencia de un establecimiento permanente o una transacción transfronteriza. Llega a afirmarse que, en caso de obligados tributarios no residentes sin establecimiento permanente en España, tendrá competencia el órgano de la Administración tributaria en cuyo ámbito territorial tengo su domicilio el

⁶⁶² Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Real Decreto 1676/2009, de 13 de noviembre, por el que se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente, BOE 30-12-17 disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-15838 (último acceso 5-4-18).

⁶⁶³ Directiva (UE) 2015/2376 del Consejo de 8 de diciembre de 2015 que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad, disponible en <https://www.boe.es/doue/2015/332/L00001-00010.pdf>, DOUE L 332/1 de 18 de diciembre de 2015.

representante del obligado tributario, el responsable, el retenedor de los bienes o derechos o el pagador de las rentas al no residente. Podríamos interpretar, por consiguiente, que esta “ultra extensión” de la norma no deja resquicio alguno, al menos en el plano teórico, y crea una red de responsables “subsidiarios” a los que recurrir para lograr la finalidad del precepto: disminuir el fraude y e identificar responsables. La comunicación de información tiene sus límites en el secreto comercial, industrial o profesional así como cuando atañe a información contraria al interés público y a los derechos fundamentales.

Pensamos que la gran apuesta de la UE en esta Directiva es señalar el intercambio automático como camino preferente para la comunicación sistemática de información entre Estados (art. 8.1 y art. 8 bis de Directiva 2011/16/UE). Al mismo tiempo, se regulan los acuerdos previos sobre precios de transferencia definidos como acuerdos que, a grandes rasgos, se formulan en nombre de la autoridad fiscal o gobierno afectando a precios a los que una empresa (o grupo) transfiere bienes tangibles e intangibles o presta servicios a sus empresas asociadas.

Otro resorte es la definición introducida sobre transacción transfronteriza, al concluir que se trata de aquella en la que participan empresas asociadas que no sean residentes fiscales en una única jurisdicción o en una transacción (o transacciones) que tengan efecto de información transfronteriza.

El nuevo art. 8 bis sobre alcance y condiciones del intercambio automático y obligatorio de información sobre los acuerdos previos con efecto transfronterizo y los acuerdos previos sobre precios de transferencia establece un nuevo régimen reforzado a partir de 31 de diciembre de 2016, siempre que una Autoridad Tributaria haya formulado o modificado un acuerdo transfronterizo o sobre precios de transferencia y emplaza a la utilización del intercambio automático. Tan solo se establece el umbral de 40 millones de euros de volumen de negocio para el grupo a la hora de excluir la comunicación.

El nuevo art. 8 ter que propone esa Directiva señala que antes del 1 de enero de 2018 los Estados miembros habrán facilitado a la Comisión datos estadísticos sobre volumen de intercambios automáticos así como costes administrativos que estos hayan podido generar. Con esta información la Comisión habrá de presentar a lo largo de 2019 un informe resumen que ofrezca una perspectiva del intercambio y aborde propuestas de mejora al respecto. Queda establecida la creación de un directorio central seguro para

los Estados Miembros sobre cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad que registrará toda la información contenida en el art. 8 bis apartados 1 y 2.

El nuevo art. 23 bis relativo al carácter confidencial de la información debe entenderse hoy superado por el contenido y regulación del nuevo Reglamento europeo de protección de datos personales sobre las personas físicas (GDPR 2016/679), en especial cuando se menciona el Reglamento CE 45/2001⁶⁶⁴.

Continuando en clave nacional, un texto no menos importante a considerar es la Orden HFP/1308/2017 de 29 de diciembre⁶⁶⁵ por la que se modifica, entre otras, la Orden HAP/1695/2016 de 25 de octubre que aprueba el modelo 289 de declaración informativa anual de cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua⁶⁶⁶. Esencialmente se trata de una actualización sobre el suministro de información que afecta a los obligados tributarios. En esta ocasión, se actualizan los Anexos I y II respecto de los países comprometidos al intercambio de información publicándose así un listado de aquellos con los que se intercambiará desde 2018.

El artículo sexto de la Orden aporta una lista de jurisdicciones de los residentes fiscales sobre los que las instituciones financieras han de presentar declaración informativa anual de cuentas financieras. La Orden entró en vigor al día siguiente de su publicación y afecta a las declaraciones que las instituciones financieras han de presentar con fecha límite de 31 de mayo de 2018 sobre datos de 2017. El Anexo I distingue entre países de la UE (28), países y jurisdicciones con acuerdo UE (5) y países y jurisdicciones respecto de los que surta efectos el AMAC y países con acuerdo bilateral (56). En total ochenta y nueve jurisdicciones. Los primeros grupos de países ya fueron incorporados, en su día, por el RD 1021/2015 sobre la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostentan la titularidad o el control de determinadas cuantas financieras y de informar sobre las mismas en el ámbito de la asistencia mutua.

⁶⁶⁴ Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

⁶⁶⁵ BOE núm. 317 de 30 de diciembre de 2017, en <https://www.boe.es/boe/dias/2017/12/30/pdfs/BOE-A-2017-15845.pdf>, (último acceso 11-3-17).

⁶⁶⁶ Ha de resaltarse la constante interacción del plano internacional sobre el nacional y la legislación consiguiente.

Por su parte, el Anexo II nos aporta una lista de jurisdicciones participantes según la definición del citado RD 1021/2015 (apartado D.4 sección VIII) compuesta por noventa y nueve jurisdicciones de las cuales no todas estas en condiciones de intercambiar pero si en vías de ello y se han comprometido formalmente en tal actuación. La lista incluye, significativamente, algunos territorios que han sido considerados recientemente por la UE como paraísos fiscales: Macao, Islas Marshall, Granada, Barbados, Panamá, Santa Lucía, Samoa y Emiratos Árabes Unidos.

Sin embargo, donde la Orden presenta su mayor interés es en la Disposición Adicional Segunda, cuando define que una jurisdicción es participante en la medida que la misma ha activado el correspondiente acuerdo de intercambio automático de información antes del 30 de abril respecto a información del año anterior. Por lo tanto, además de exigir a los bancos un conocimiento riguroso y actualizado de la situación de los acuerdos internacionales sobre fiscalidad, se conecta esta circunstancia con la actuación de la OCDE al asegurar que las jurisdicciones han activado el correspondiente acuerdo de intercambio si figuran, entre otros, en la relación publicada por la propia OCDE en su portal de internet sobre CRS. Una técnica y una obligación de actuación sin duda innovadora si bien no exenta de ciertos riesgos y controversias. En este sentido hemos insistido, a lo largo de todo este trabajo, en la sobrecarga administrativa y las nuevas obligaciones derivadas del correcto cumplimiento de la norma a que conducen los objetos de estudio como FATCA y CRS⁶⁶⁷.

Hemos sostenido siempre⁶⁶⁸ la vinculación existente y las profundas ramificaciones entre las legislaciones sobre prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y los conjuntos normativos de FATCA y CRS. En términos evolutivos y en su propia naturaleza, encontramos una impronta inconfundible con el Blanqueo como punto de partida. Empero, si algo caracteriza a FATCA y CRS, es su capacidad para avanzar, para regenerar y para integrar nuevas técnicas que cierren las grietas del

⁶⁶⁷ Con carácter específico puede consultarse al respecto el epígrafe 4.3 del presente capítulo así como el 2.3 del capítulo II.

⁶⁶⁸ Aunque este planteamiento es un hilo conductor que subyace a lo largo de todo este estudio, puede resultar significativamente ilustrativo el capítulo I (epígrafe 1.2.4.3) y el 3.5 del capítulo III.

sistema financiero internacional (“las termitas del sistema” como las denomina TANZI⁶⁶⁹).

Por todo ello, tienen especial relevancia dos proyectos normativos que modificarán en nuestro país: La Ley 10/2010 de 28 sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (PBC y FT), y el RD 304/2014 de 5 de mayo por el que aprueba su Reglamento.

Estos proyectos tienen por finalidad principal completar la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015⁶⁷⁰, conocida como IV Directiva sobre PBC y FT.

Una de las novedades introducidas alude a los sujetos obligados, incorporando a entidades como plataformas de financiación participativa y sociedades gestoras de fondos de titulización. Al mismo tiempo serán sujetos obligados, bajo los parámetros de los procedimientos de PBC, las sociedades que sean dominantes en un grupo de empresas que incluya dos o más entidades que lleven a cabo actividades sometidas a esta legislación.

Sobre el titular real se establecen notables cambios, restringiendo la excepción de identificación de dicho titular en sociedades cotizadas a aquellas entidades, que adicionalmente a su cotización en mercados de la UE, estén sujetas a normas de información acordes con el Derecho comunitario o normas internacionales que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad. Es inevitable pensar que la referencia alude de manera directa a CRS, máxime tras la comentada inclusión de las mejoras por parte de la OCDE sobre medidas para evitar la elusión mediante vehículos de inversión.

Siempre nos ha parecido que tanto la legislación de FATCA y CRS como la de PBC y FT adolecían de una definición nítida que conectase el concepto de titular real con

⁶⁶⁹ TANZI, V. : “Globalization, tax systems and the architecture of the global economics system” en “Taxation an Latin American Integration”, TANZI, V., BARREIX, A., VILLELA, L. (Eds.), capítulo 13, IDB, Harvard University, 2008, pp.1-23.

⁶⁷⁰ Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión. DO L 141 de 5 de junio de 2015.

ciertas figuras jurídicas e instrumentos de inversión típicos de la evasión y la elusión fiscal, muchos de ellos propios de la legislación anglosajona; en esta ocasión se pretende mejorar ese concepto de titular real en el caso del trust englobando figuras como el fideicomitente, el fiduciario, los beneficiarios, la persona que ejerza el control del fideicomiso y/o el protector, en su caso. En numerosos artículos⁶⁷¹ y foros hemos sostenido que en este campo nos encontrábamos en una zona más negra que gris en tal sentido, y parece que tanto el legislador nacional como europeo se proponen impulsar una mayor concreción en estos casos, flagrantes por otra parte.

De capital importancia resulta la facultad que la nueva legislación ofrece a los obligados por la Ley para recabar del cliente (persona física o de quien ostente la representación legal de una persona jurídica) la información de los titulares reales, incluso sin contar con el consentimiento expreso de éstos. En el contexto actual sobre la protección de datos personales de las personas físicas y en especial el novedoso RGPD (aplicable desde el 25 de mayo de 2018) ha de considerarse que poder prescindir de ese consentimiento es ubicar la lucha contra el blanqueo de capitales, y por ende contra el fraude tributario, en un plano determinante. Al mismo tiempo tratan de evitar una colusión de derechos entre los del ciudadano y los del Estado para conocer y velar por la seguridad y aplicación de las normativas en beneficio de la mayoría. No debe olvidarse la dificultad y los peligros que esto puede entrañar desde la esfera de la política sin el debido control legislativo y judicial.

Se aplicarán limitaciones operativas para restringir el posible riesgo de blanqueo de capitales en casos donde la relación de negocio no pueda concretarse de manera inmediata.

Se codifica la obligación de crear un canal interno de denuncias para las comunicaciones de empleados, directivos o agentes de los sujetos obligados. El canal podrá ser el mismo (compartido) para la comunicación de otras infracciones habidas en

⁶⁷¹ Ya aludíamos en 2013, entre diversos análisis, a la complejidad de las nuevas normativas FATCA y CRS, pese al estado incipiente de las mismas. Véanse CORONAS VALLE, D.: “El control fiscal internacional de cuentas bancarias de ciudadanos estadounidenses”, en Cuadernos de Información Económica, núm. 234, junio 2013. Fundación de las Cajas de Ahorros, FUNCAS, Madrid, 2013, pp.75-81 así como en CORONAS VALLE, D.: “CRS o el imparable Big Bang en el ámbito intercambio automático de información tributaria” en Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos del Ministerio de Defensa, núm. 119/ 2015, noviembre, 2015.

la misma empresa (como las de riesgo penal contenido en los programas de cumplimiento y prevención de riesgo penal de personas jurídicas). Se completa esta reglamentación con la necesidad de mantener actualizado y completo un registro de las actividades detectadas por empleados, directivos o agentes o incluso alertas automáticas. El registro indicará si se realiza análisis de las mismas y su resultado.

Respecto a los ficheros de titularidades financieras, por fin se añaden nuevas tipologías como la apertura y cancelación de cuentas de pago o cajas de seguridad, que habitualmente no habían sido objeto de atención por el legislador.

Desde el 1 de julio de 2016 está en vigor la Orden HAP/871/2016 de 6 de junio⁶⁷², mediante la que se aprueban los modelos (Modelo 200) de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas, constituidas en el extranjero con presencia en territorio español del periodo impositivo 2015. La singularidad de esta Orden radica, a nuestro juicio, en adoptar una serie de medidas que tienen que ver con el ámbito internacional y la codificación reciente del intercambio de información. Así se desprende cuando se afirma la restricción del perímetro de vinculación dentro de la relación socio-sociedad. Hasta el momento, tal participación era de un 5% o de 1% para casos de valores cotizados en mercados regulados. La ley 27/2014 fija en un 25% tal participación. Es meridiana la aproximación y analogía que trae causa de los criterios en Prevención de Blanqueo de Capitales, así como los FATCA y CRS que cifran en ese porcentaje la titularidad real y la persona de control respectivamente para alcanzar una cifra significativa⁶⁷³. Por tanto, constatamos de nuevo el influjo de las Leyes de cooperación internacional tributarias sobre nuestra normativa interna.

En idéntico sentido, se introdujo un procedimiento para evitar la doble imposición, eliminándose en el ámbito internacional el requisito relativo a la realización de actividad económica incorporando otro de tributación mínima al 10% nominal. Tal requisito se cumple en el caso de los países con los que se mantiene suscrito un Convenio para

⁶⁷² <https://www.boe.es/boe/dias/2016/06/07/pdfs/BOE-A-2016-5529.pdf>, (último acceso 12-1-17).

⁶⁷³ A este respecto téngase en cuenta lo comentado en nuestro capítulo II sobre Prevención de Blanqueo de Capitales y titularidad real en relación al concepto de persona de control introducido por FATCA y CRS.

evitar la doble imposición internacional que incluya cláusula de intercambio de información⁶⁷⁴.

De conformidad con esta Orden HAP/871/2016, y sin vaguedad alguna, se mencionan las conclusiones del Plan de acción BEPS de la OCDE como causa para incorporar medidas para la información y documentación sobre entidades y operaciones vinculadas. Lo que se está anticipando es la información “País por País” que el Reglamento del Impuesto de Sociedades⁶⁷⁵ detalla en su articulado.

El nivel de mayor similitud entre los deberes de información se plasma en aquella información que los contribuyentes del Impuesto de Sociedades deben aportar si imputan en su base imponible rentas positivas obtenidas por entidades no residentes:

- Nombre o razón social y lugar de “domicilio fiscal”;
- Relación de “administradores y lugar de su domicilio fiscal”;
- Balance y cuenta de pérdidas y ganancias y memoria;
- Importe de renta positiva imputable;
- Justificación de los impuestos satisfechos respecto de la renta positiva imputable;
- La mención al domicilio fiscal se alinea con la normativa internacional pero además tratar de expresar las similitudes de la información que ya obra en poder de Instituciones financieras para que llegue a la Administración Tributaria.

4.2.3 El Anteproyecto de Ley contra el fraude fiscal para combatir las nuevas formas de evasión.

El estado de la cuestión no presentaría una visión integral sin abordar el estudio de este texto. Su articulado presenta rasgos inequívocos que acusan la transformación de legislaciones, procedentes de la cooperación internacional, y que finalmente se interiorizan, dando lugar a medidas legislativas con rango de ley.

⁶⁷⁴ Este sería el caso, entre otros, de los Convenios firmados por España con la Federación Rusa (2000) y con Finlandia (1968, renegociado en 2018).

⁶⁷⁵ Reglamento sobre el Impuesto de Sociedades aprobado por Real Decreto 634/2015 de 10 de julio, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7771, (último acceso 12-1-17).

Con este marco de referencia, el texto contempla la actualización de la lista de paraísos fiscales, reforzando el control sobre las criptodivisas, además de prohibir por Ley las amnistías fiscales. Al mismo tiempo, se presentan por parte del Consejo de Ministros los anteproyectos de Ley sobre impuestos de servicios digitales y de transacciones financieras.

El Gobierno asume como pilar fundamental de su política tributaria la lucha contra el fraude fiscal, razón de ser de este Anteproyecto, que trata además de mantenerse en línea con las regulaciones europeas en la materia, previamente abordadas.

Dado que aborda más de cincuenta novedades de diversos ámbitos tributarios⁶⁷⁶, nos vamos a centrar en tres aspectos que nos han llamado la atención de manera especial, ya que son los directamente relevantes a efectos de nuestra investigación:

a) Paraísos Fiscales.

El nuevo texto propone modificar la Disposición Adicional primera de la Ley 36/2006 para la prevención del fraude fiscal que permite mantener actualizada la lista nacional de jurisdicciones calificadas como paraísos fiscales. Hasta el momento tal lista se mantiene a través del RD 1080/1991 de 5 de julio.

Se introduce, como en el resto de la legislación internacional, la nueva categoría de regímenes fiscales perjudiciales, pero sin duda la asunción de los criterios siguientes podemos considerarla como el elemento de mayor relieve en este campo:

1. Criterio de transparencia fiscal (existencia en la jurisdicción en cuestión de normativa sobre asistencia mutua que propicie el intercambio de información tributaria, asumiendo indicaciones del Foro Global de Transparencia con fines fiscales de la OCDE);
2. Criterio de baja o nula tributación⁶⁷⁷ para un territorio, definiéndose por primera vez ambos de manera expresa;

⁶⁷⁶ Tendrá en su momento gran repercusión mediática la medida que endurece el uso y pago con efectivo entre particulares pasando de los 2.500 euro actuales a los 1.000 que la norma propone sin olvidar la bajada del límite de 15.000 a 10.000 euros para el pago en efectivo de particulares con domicilio fiscal fuera de España.

⁶⁷⁷ La norma asevera que existe nula tributación cuando en la jurisdicción en cuestión no se aplique un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto de

3. Criterio para vincular la generación de beneficios respecto a la actividad económica real.

Para consolidar el criterio de intercambio efectivo de información tributaria se acude a la aplicación de la normativa sobre asistencia mutua en los términos previstos en el art. 1.2 de la Ley General Tributaria (LGT).

b) Entorno digital y criptodivisas.

Buscando una coordinación con los textos comentados en apartados previos, este Anteproyecto incluye la nueva obligación de comunicar información sobre tenencia y operaciones con monedas virtuales situadas tanto en España como en el extranjero si afectan a un contribuyente español. También se identificarán saldos y titulares de monedas en custodia suministrando información de las operaciones generadas con criptodivisas. Adicionalmente, habrá que informar en el modelo 720, que recoge la información de bienes y derechos en el extranjero del contribuyente español.

c) Normas anti-elusión: empresas multinacionales.

Al objeto de transponer la Directiva 2016/1164 sobre la elusión fiscal de las empresas en el mercado interior, el Anteproyecto incluye un apartado específico.

España asume la conocida como Imposición de Salida (*Exit Tax*), que busca la tributación en España de rentas localizadas en territorios de baja fiscalidad, evitando de tal suerte la deslocalización asegurando tributación por la base imponible correspondiente en territorio nacional.

Mediante este mecanismo se intenta garantizar, en caso de traslado de los activos de una empresa o su residencia fiscal fuera de España, que dicho Estado grave el valor económico de una plusvalía creada en su territorio aun cuando la misma no se haya realizado en el momento de dicho traslado de activos. De tal manera, las plusvalías generadas cuando una sociedad traslada su residencia fiscal al extranjero tributan en España.

Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, según corresponda. Por otra parte considera que existe baja tributación cuando la jurisdicción aplique un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al exigido en España en un impuesto idéntico o análogo al IRPF, el IS o IRNR.

Se incluyen en este apartado menciones al control del juego on line y las apuestas deportivas al tiempo que se promulgan medidas para reducir la litigiosidad de los contribuyentes y fomentar el pago voluntario.

Se estima que, en líneas generales, la recaudación por todas estas medidas puede alcanzar los 828 millones de euros.

4.3 Un caso práctico: La implantación de un Plan de Cumplimiento normativo sobre CRS en una institución financiera española.

Como hemos señalado en el capítulo I, la adaptación de las normas FATCA y CRS por parte de las Instituciones Financieras ha recaído, por lo general, en los departamentos jurídicos y legales de estas entidades. En concreto, existe una tendencia mayoritaria a incluir y pilotar estas implantaciones legislativas por los denominados Departamentos de Cumplimiento⁶⁷⁸ o *Compliance*.

Como ilustración de la labor realizada por los mismos, y en la cual hemos participado activamente dentro de una de las dos patronales de la banca española (CECABANK),⁶⁷⁹ consideramos interesante analizar algunos criterios y documentos sobre la adaptación de las instituciones financieras al intercambio proveniente de FATCA y CRS en relación a la cooperación internacional entre jurisdicciones. De manera sucinta explicaremos los

⁶⁷⁸ Buena parte de lo aquí expuesto ya se esbozaba en alguno de nuestros escritos y conferencias. Véase en tal sentido CORONAS VALLE, D.: “El acuerdo FATCA en España y el panorama internacional actual”, Revista Extoikos núm.12, Málaga, 2013, disponible en <http://www.extoikos.es/numero12.htm> y nuestra intervención bajo el título “CRS como paradigma en la lucha contra el fraude fiscal: Evolución y trayectoria. Engarce en los diferentes sistemas jurídicos (continental y anglosajón)” en el panel de expertos organizado por IIR España y pronunciada en Madrid el 8 de mayo de 2015.

⁶⁷⁹ Nos remitimos aquí a las deliberaciones, acuerdos y documentos tomados en el seno del grupo de trabajo en el que participamos activamente junto a otras IF del sector: Grupo de trabajo de CECABANK para la adaptación de CRS, mayo-diciembre, Madrid, 2015. Uno de los debates más intensos se producía, una vez asimilada la realidad y la exigencia de FATCA y CRS, respecto de la ubicación interna en las instituciones financieras de la función que iba a liderar y coordinar tales obligaciones normativas. Como regla general, en nuestro país y dado el número de entidades en el mercado financiero de 2018, prácticamente todas sitúan en la función de Cumplimiento Normativo los asuntos relativos al cumplimiento de FATCA y CRS. Pese a que alguna entidad, con cierta lógica, ha sostenido la ubicación en del departamento fiscal dada la naturaleza de la norma, la complejidad técnico-jurídica, el impacto global sobre el negocio así como la necesidad de mantenerse actualizado desde el punto de vista normativo, aconsejan que estas materias se localicen en un departamento de amplio enfoque y potente capacidad de gestión sobre toda una organización, evitando el perjuicio financiero y reputacional que un incumplimiento de esta naturaleza pueda acarrear para una institución financiera.

principales mecanismos de decisión e implantación, basándonos en nuestra experiencia práctica⁶⁸⁰.

Una vez constituido el Grupo de trabajo por las instituciones y sus representantes, se decide el alcance del proyecto y hasta qué punto se quiere consensuar documentos así como las medidas a acometer por los participantes dentro de la vía legal correspondiente. Habitualmente es frecuente que los proyectos generen una ingente documentación básica, de manera que cada institución financiera participante sea la que lo adapte a sus sistemas y situaciones particulares, según la tipología de su clientela.

Decididos los puntos interpretativos de la norma en cuestión y los criterios de aplicación de esta, han de designarse los perfiles y miembros del grupo de trabajo. En esta ocasión (para FATCA y para CRS), los Departamentos encargados de Cumplimiento, Regulación, Asesoría Jurídica, Organización, Informática y Operaciones son equipos más impactados por el desarrollo legal. Simultáneamente, cada institución designa a una persona que represente a la entidad para que actúe como coordinadora y cauce de comunicación del conocimiento y las decisiones que tome el grupo.

Una metodología frecuente contiene cinco etapas:

- Planificación: en ella se constituye el grupo y se valida el calendario de trabajo;
- Análisis: se elabora el documento de análisis de la normativa y se identifican los impactos en la institución financiera;
- Identificación de medidas y desarrollos a adoptar para cumplir con las nuevas obligaciones. Aquí se contrastan las medidas con los especialistas de cada entidad;
- Formación: Elaboración de un plan de formación tipo e identificación de los colectivos a formar. Posterior adaptación al perfil de cada IF y su personal;

⁶⁸⁰ Los documentos tipo para establecer la implantación de un proyecto normativo de la envergadura y ramificaciones que contiene FATCA o CRS incluyen una primera fase o análisis de la situación de partida de la institución financiera que pretende implantarlos, una clasificación, a priori, de las entidades legales que componen el grupo financiero de la IF, un análisis de los clientes y productos que determine los huecos o *gaps* de partida, la definición de una hoja de ruta y un plan director con calendario de trabajo y asignación de roles mediante una matriz para toda la organización interna.

- Implantación: Se define la estructura y contenido del borrador del Plan de adaptación tipo tras discusión con el Grupo de trabajo.
- Puede hablarse, hasta cierto punto, de una fase añadida cual sería la adaptación individual del Plan a cada IF, con un grupo de trabajo interno ad hoc.

En resumen, cada proyecto ha de servir como marco de referencia para la elaboración de un plan individual de cada institución financiera.

En el caso concreto de CRS se han estudiado cinco aspectos:

1. Análisis de los impactos de la normativa internacional:
 - Modelo OCDE;
 - Directiva UE;
2. Análisis de los impactos en la normativa nacional como consecuencia de la transposición de estas normas;
3. Plan de Implantación;
4. Definición de criterios y acciones del Proyecto;
5. Plan de formación tipo.

La Directiva europea que fue analizada, en el seno de los trabajos de los que formamos parte, es la 2014/107/UE, que establece la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad para lucha contra el fraude y la evasión fiscal.

Idéntico análisis se ha practicado sobre los textos publicados por la OCDE.

En ambos casos los impactos y medidas propuestas se clasifican según ámbito de aplicación y según las áreas de la institución financiera afectada.

Desde el punto de vista de la transposición de las normas europeas, se revisan las diferencias entre normativa española y la internacional y, lo que es más importante, se proponen medidas de adaptación a la normativa española sobre los requerimientos internacionales. La labor que ha desarrollado el sector bancario, como sujeto activo de la implantación de las normas internacionales, ha sido notable pues junto a la

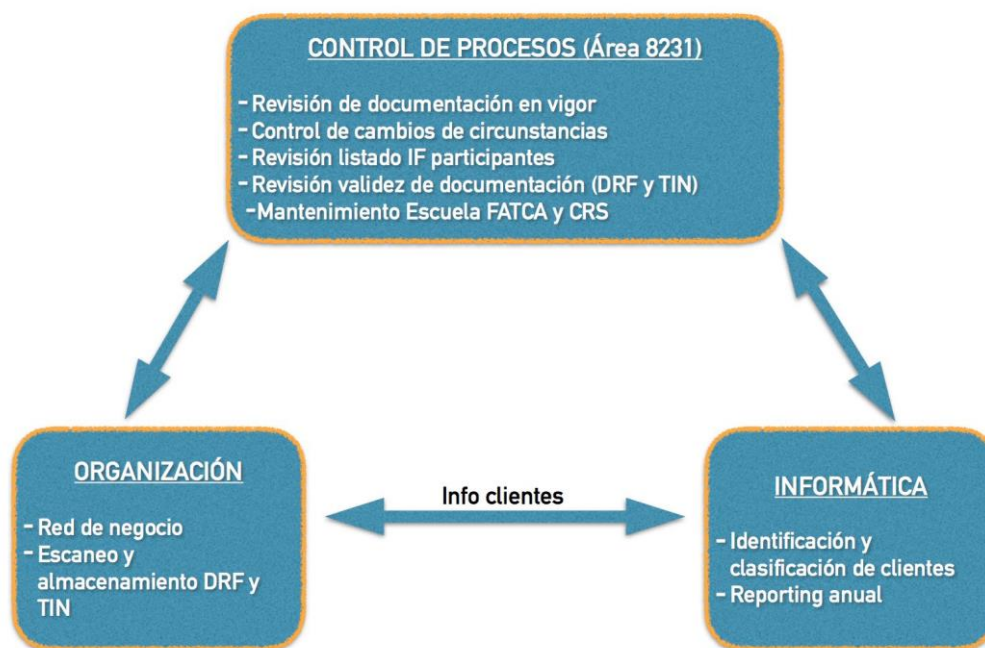
“traducción” se ha pretendido, en todo momento, interferir lo menos posible con la práctica diaria del cliente bancario.

Dentro del Plan de implantación se categorizan las tareas y áreas afectadas adaptando cada IF a sus peculiaridades y otorgándoles diferentes grados de prioridad, según sus desarrollos internos.

A nuestro juicio, la mayor singularidad de estos proyectos reside en la etapa de definición de criterios y acciones a emprender. Poner en común ideas y medidas que la mayoría del sector tomara simultáneamente es un desafío apreciable y constituye el mayor fundamento de este tipo de iniciativas. Nuevamente el grupo actúa como interlocutor antes las autoridades (generalmente tributarias) durante el proceso de adaptación y transposición, que alcanza un valor extra al determinar las vaguedades o zonas grises que la nueva codificación europea e internacional conlleva.

Como hoja de ruta y a para asegurar las medidas adoptadas, se elabora un plan de formación modelo, que identifica los diferentes colectivos afectados en las IF por la normativa y se les dota de especificidades, según los puestos técnicos que desempeñan. Esa labor de crear formación a medida es sumamente relevante para el cumplimiento real y efectivo de las normas. Nadie puede cumplir aquello que no es capaz de comprender ni asimilar dentro de su puesto de trabajo. El plan de formación coadyuva a demostrar la diligencia debida por parte de cada institución financiera en el cumplimiento de los requerimientos de la norma en cuestión. Se trata de la mejor manera de demostrar el ánimo y el interés de cada institución financiera en seguir los dictados de la nueva regulación, que por otra parte trata de evitar el riesgo de incumplimiento normativo y las sanciones consecuentes.

Los trabajos culminan con la adaptación del proyecto a cada banco, a cada realidad individual, considerando numerosos parámetros (tipología y número de clientes, estructura de estos clientes, zonas geográficas y perfil económico y social de los mismos, etc.).



Fuente: D. Coronas

4.4 Fiscalidad y Ética. Moralidad de los impuestos.

Se ha escrito con razón⁶⁸¹ que, sobre la base de profundos conocimientos del sistema tributario, al abordar la moralidad de los tributos, deben considerarse aspectos filosóficos y morales de hondo calado.

Como hemos apuntado en la Introducción de este capítulo, una legión de economistas, historiadores económicos, sociólogos y politólogos ha profundizado sobre una idea central, a saber: que una mayor transparencia fiscal conlleva gobiernos con mayor representatividad.

Aunque desarrollaremos esta idea a lo largo del epígrafe, ya atisbábamos, desde el inicio de nuestro trabajo, como posible causa del fraude fiscal, la actitud de ciertos contribuyentes (y de sus asesores fiscales) al sostener una conducta legal (que no legítima), retorciendo las posibles interpretaciones de las leyes en busca de lagunas para la elusión fiscal. Es en este punto donde legislaciones como FATCA y CRS pueden contribuir a mejorar el sistema tributario internacional a través de la cooperación

⁶⁸¹ HERRERA MOLINA, P.: “Aproximación a la ética” Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

internacional como cauce específico. Este discurso planea por todo nuestro trabajo expresado a lo largo de esta tesis y en todos y cada uno de sus capítulos.

En una primera aproximación al tema nos gustaría precisar, con HEGEL, la diferencia terminológica, que consideramos superada, entre eticidad y moralidad. Aunque ya los griegos clásicos, como ARISTÓTELES, trataron tangencialmente el tema y era comúnmente aceptado en el Derecho romano⁶⁸² que todos debían contribuir a los gastos públicos, no será hasta el siglo XIX cuando apreciamos una preocupación por la materia con perspectiva contemporánea⁶⁸³.

Hemos podido constatar las diferentes interpretaciones doctrinales sobre la posición de Adam SMITH, especialmente en el siglo XIX, debatiéndose entre polos opuestos que variaban entre considerar que sus teorías se impregnaban de contenido ético frente a los que desprecian, por incorrecta, tal visión de manera absolutamente opuesta.

Con el tiempo estas posiciones han ido confluyendo en el entendimiento de que SMITH aunaba ética y economía y no quería, ni podía, diferenciar ambos conceptos que eran (y siguen siendo a nuestro parecer) perfectamente compatibles. Sostenemos que para llegar a tal síntesis es preciso conocer toda su obra en profundidad leyendo e interpretando “La riqueza de las naciones” a la luz de “La teoría de los sentimientos morales”. Solo esa compatibilidad da sentido real, como un conjunto indisociable, a la filosofía del gran maestro escocés⁶⁸⁴.

SMITH considera que un buen sistema impositivo se debe regir por cuatro principios:

- Equidad en la contribución de los ciudadanos al sostenimiento del Estado;

⁶⁸² Desde la promulgación del Edicto de 212 por el emperador Caracalla, todos los habitantes libres del Imperio Romano gozaban de los derechos inherentes a la ciudadanía, debiendo así contribuir al sostenimiento de las arcas públicas y aumentando exponencialmente el número de personas que tendrían la obligación de contribuir pagando impuestos sobre la manumisión de esclavos o sobre derechos de sucesión en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.(Director), TRISCIUOGLIO, A.(Coeditor) y GEREZ KRAEMER, G. (Coeditor): “Hacia un Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental romano III” Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

⁶⁸³ Podrían mencionarse así mismo los frecuentes casos de las Cortes castellano- leonesas como la de 1091 donde Alfonso VI obtuvo derecho de imposición de gravámenes sobre infanzones y villanos de las tierras de León. VICENS VIVES, J. (Director): “Historia social y económica de España y América” Vol.1, Antigüedad, Alta Edad Media, América primitiva, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1982.

⁶⁸⁴ La causa de nuestro interés académico en la obra de SMITH radica en el carácter (pionero) transversal de su aportación, amalgamando diversas ramas científicas: Economía, Derecho y Ciencia Política, sin olvidar los aspectos sociológicos.

- El impuesto deber ser cierto, no arbitrario;
- El impuesto deber ser recaudado en tiempo y forma favorable al contribuyente;
- El impuesto debe estar planificado y orientado a cubrir las necesidades del Estado.

Por otra parte, no compartimos la interpretación del egoísmo smithiano, como un concepto actual, sino enclavado e interpretado en su época, por tanto, alejado de su significado actual. No es a ese egoísmo, de carácter peyorativo, al que SMITH se refiere estrictamente. Amartya SEN⁶⁸⁵ ha ido más lejos, al considerar que los sentimientos morales y el egoísmo impregnan toda “La riqueza de las naciones” de SMITH. Bondad y ética serían compatibles con el comportamiento económico en sociedad⁶⁸⁶. En suma, ética y economía son compatibles en el pensamiento de SMITH.

BURKE⁶⁸⁷ es otro pensador algo menos audaz, a nuestro juicio, pero que aporta algunas claves útiles para comprender la evolución de la economía política y de la naturaleza del tributo. BURKE y SMITH coinciden al apreciar cómo la prosperidad económica favoreció la aparición de una clase emergente difícil de gobernar (comerciantes y empresarios a lo que BURKE designaba como “negociantes en metálico y valores”). Era preciso, afirmaba BURKE, que la política y el Estado no quedasen en manos de intereses particulares que tan solo anhelaban el bien público en su provecho particular.

SMITH sostuvo, por su parte, que el grado de moralidad estaba íntimamente relacionado con la prosperidad de las naciones. De hecho, los estudios de SMITH se encuentran en tres coordenadas, como nos señala LASALLE⁶⁸⁸: el derecho, la riqueza y los sentimientos morales. De tal suerte, la utilidad era el mayor propósito de los hombres al establecer gobiernos pero no se trataba de un “utilitarismo hedonista que convierta el mercado en una abstracción egoísta y economicista.” Ambos pensadores

⁶⁸⁵ SEN, A.: “*On ethics and economics*” Basil Blackwell Ltd., Oxford, 1987 así como en “Ética de la empresa y desarrollo económico” en Cortina, A. (Ed.) Construir confianza, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 39-45.

⁶⁸⁶ FERNÁNDEZ BLANCO, V. y PRIETO RODRÍGUEZ, J.: “Ética y mercado en Adam Smith” Ed. IEF, Madrid, 2004.

⁶⁸⁷ Puede consultarse BURKE, E.: “Textos políticos” Biblioteca de Humanidades José Mercado Ureña, 1984, Depósito FL A/3156, así como PUJALS, E.: “El pensamiento político de Edmund Burke” en Biblioteca de Humanidades José Mercado Ureña, 1954, Depósito FL Foll.180/10.

⁶⁸⁸ LASALLE RUIZ, J.M.: “Liberales, compromiso cívico con la virtud.” Ed. Debate, Barcelona, 2010.

escoceses interpretaban la política como un deber de servicio, debiendo dar cuenta puntual del ejercicio del poder al gobernar.

Quizás el antecedente más remoto y, al tiempo, más válido actualmente podamos hallarlo en John STUART MILL⁶⁸⁹. Con una visión muy adelantada a su tiempo, no solo en moralidad tributaria, sino en temas como el feminismo o el derecho al sufragio femenino (fue el primer pensador en reclamarlo ante las Cámaras Británicas), MILL realiza una disección aguda de la naturaleza de la democracia y la justicia, potenciando el papel del individuo dentro de su concepción general del liberalismo originario donde se incluye. Sus postulados, siempre que se defienda la idea de democracia, parecen inatacables si bien el pensamiento económico y el devenir de los hechos han demostrado la necesidad de corregir fallos dentro de ese liberalismo para evitar y limitar la existencia de clases sociales menos favorecidas. El propio MILL hunde sus raíces en el pensamiento político del gran Adam SMITH y han de pasar casi cien años para que encontremos en este campo de la moralidad tributaria autores que aporten un enfoque novedoso o presenten una propuesta notablemente diferente⁶⁹⁰.

No pretendemos realizar un compendio histórico en este apartado que sintetice la evolución de la doctrina fiscal y por ello nos centraremos en la obra clásica de MILL para concluir en los modernos postulados de la teoría económica actual en la materia⁶⁹¹. MILL dedica todo el capítulo II de su libro V a sustentar su tesis sobre los principios generales de los impuestos.

Como señala ÁLVAREZ GARCÍA,⁶⁹² puede apreciarse en Adam SMITH atención considerable sobre la Hacienda Pública y concretamente sobre los principios que debían regir la imposición. MILL los hizo suyos:

⁶⁸⁹ De sus numerosas obras destacamos, STUART MILL, J.: “Principios de economía política”, Ed. Síntesis, Madrid 2008; “El utilitarismo” Ed. Alianza, Madrid, 2014 y “Sobre la libertad” Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

⁶⁹⁰ A nuestro juicio uno de los aspectos menos favorables del pensamiento de MILL está relacionado con su idea de establecer el voto ponderado según el nivel de instrucción de cada persona. Afortunadamente un anacronismo superado por el axioma democrático de “una persona, un voto”.

⁶⁹¹ La continuidad y la conexión entre ambos autores es tan patente que el propio MILL afirma en sus Principios que “La riqueza de las naciones es el único tratado de economía política que... ha sido popular entre lectores en general y ha producido una fuerte impresión entre los hombres de mundo y legisladores”.

⁶⁹² ÁLVAREZ GARCÍA, S.: “La ética en la doctrina de la Hacienda Pública” en Ética Fiscal, Doc. núm. 10/04, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

- Principio de igualdad, todo súbdito de un Estado debe contribuir al sostenimiento del mismo pero en proporción a sus ingresos personales;
- Principio de certeza que consiste en la seguridad jurídica de conocer cuánto debe pagar (carácter cierto);
- Principio de economía recaudatoria: el impuesto recaudado debe considerar siempre la diferencia menor posible entre lo recaudado y lo ingresado por el Tesoro;
- Principio de mayor conveniencia recaudatoria consistente en la idoneidad de ubicar el pago del tributo en el momento más apropiado al contribuyente.

Sin embargo, MILL interpreta de manera diferente el principio de igualdad de SMITH; va más allá en su concepción y alcanza cotas de modernidad al investigar la capacidad de pago. MILL es partidario de exigir a todos “sacrificios” en beneficio de las cargas públicas “dejando libre de impuesto un determinado ingreso mínimo suficiente para proveer las cosas más necesarias para la vida”⁶⁹³. Por su parte ÁLVAREZ concluye que el principio de capacidad de pago es un concepto económico y no ético. Del concepto de sacrificio se alcanza el de utilidad en los trabajos principalmente de EDGEWORTH⁶⁹⁴.

MILL señala que una legislación justa y prudente es aquella que “propone motivos para disipar... las ganancias de un esfuerzo honrado” y en ciertos tributos como los relativos a herencias mantiene que el ingreso debe obtenerse “sin provocar evasiones”. Es partidario de impuestos sobre los ingresos en la medida que graven solo la parte del ingreso que se dedica a gastos (del Estado), eximiendo la que se ahorra. Podría colegirse de todo esto que MILL viene a defender un impuesto sobre el consumo personal, un impuesto sobre la renta que no venga a gravar el ahorro.

Tras realizar una clásica distinción entre impuestos directos e indirectos, aborda la dificultad de maniobrar con auténtica justicia en ambos y especialmente en las tres categorías que elabora de ingresos directos: rentas, ganancias y salarios. Nos parece

⁶⁹³ STUART MILL, J.: “Principios de economía política, con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social”, Ed. Fondo de Cultura económica, México, 1978.

⁶⁹⁴ CONNIFFE, D.: “*From Ethics to Economics: F.Y. Edgeworth, 1845-1926*”, en “*History Ireland*”, 1 November 2010, Vol. 18(6), pp.30-33. Singularmente, por su contextualización del autor, merece mencionarse BARBÉ DURÁN, L.: “Influencia y resonancia de la obra de F.Y. Edgeworth” en Cuadernos de economía: Spanish Journal of Economics and Finance, 2007, Vol.30 (83), pp.5-26.

igualmente clarividente (y clásica) la advertencia del ilustre pensador londinense al asegurar que cuando “las ganancias han de soportar un sistema de impuestos severo tiende...a hacer que el capital emigre, a estimular las especulaciones imprudentes...y a desalentar la acumulación y a acelerar la llegada al estado estacionario”. Sin duda, proféticas palabras que establecen el campo de juego para el fraude y la evasión fiscal. Han pasado los años desde que fueron escritas pero no han perdido vigencia alguna. Su autor supo penetrar en el alma humana, sus motivaciones y sus aspiraciones, anticipando, sin duda, un modelo de comportamiento y advirtiéndolo de los efectos de una tributación injusta y desproporcionada.

En la actualidad la mayoría de sistemas tributarios asume el criterio del principio de capacidad de pago⁶⁹⁵ para el reparto de la carga tributaria, tomando en consideración los postulados de MILL, que sostiene que “ningún impuesto sobre el ingreso del que no estén exceptuados los ahorros puede decirse que es justo”. MILL es, por tanto, un precursor al indicar que ciertos ingresos inferiores a alguna cantidad deben quedar libres de gravamen, es decir, contempla la exención para ciertas cantidades mínimas⁶⁹⁶.

En conclusión, MILL, desde un plano ético, considera que una nación donde las exacciones tributarias sean habituales no puede prosperar dada la injusticia que estas conllevan en sí mismas. La arbitrariedad impositiva es a su juicio el mayor de los males a los que un Estado puede condenar a sus contribuyentes, junto a la falta de una

⁶⁹⁵ Aunque se halla fuera del alcance de este trabajo, el concepto de capacidad económica que nos interesa en su relación con los tributos es el remarcado por la STC 209/1988 estableciendo el principio por el que la carga tributaria a que cada sujeto ha de hacer frente debe estar en función de su capacidad económica. Para una mayor profundidad y matices sobre el particular son interesantes las propuestas de MARTÍN DELGADO J.M. en “Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución Española de 1978”, Revista Hacienda Pública Española, nº 60, 1979, pág. 64 y para una visión global de la doctrina sobre la capacidad económica puede consultarse DE VICENTE DE LA CASA, F.: “Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos” en Crónica Tributaria, núm. 144/2012, pp. 149-175.

⁶⁹⁶ No deja sorprendernos sobremanera la consideración de debilidad con que tilda a aquellos que gastan más de lo que deben (“humillante estado de espíritu”).

Con los vientos proteccionistas que corren no estaría de más aconsejar una lectura reposada y serena de algunos párrafos de esta obra de MILL, especialmente dirigidos a glosar y combatir, desde posiciones liberales, la imposición sobre mercancías como derechos de protección; esta imposición debería llevarse a cabo con imparcialidad sobre las diferentes formas en que se obtiene el producto tanto si este se produce en el país como si se importa. Al mismo tiempo es partidario de no gravar productos necesarios para la vida (artículos de primera necesidad) “Cuando una cosa se compra no por su utilidad sino por su alto costo, la barrera no es una recomendación... estos gastos son los más indicados para gravarse con impuestos”. Lapidarias palabras para definir el impuesto suntuario “por el que nadie sale perdiendo” y menos el Erario público.

legalidad y una seguridad jurídica. En ese contexto, la presión de los impuestos disminuye las fuentes de prosperidad y desalienta la actividad.

Sus palabras son demoledoras cuando afirma que “los faltos de escrúpulos consiguen evadir una gran proporción de lo que deberían pagar” (cuando se refiere a ganancias variables de las profesiones y negocios pues en los casos de los ingresos fijos es más fácil comprobar), “incluso las personas íntegras en sus transacciones ordinarias sienten la tentación”....de aquí la dificultad en que la equidad presida en la práctica la gestión del impuesto directo al que sin embargo, considera un método acertado de recaudación.

Podría decirse hasta cierto punto que MILL se ocupa del tema del fraude fiscal y la aplicación justa de los impuestos. Su mayor preocupación estriba en la equidad y como en ocasiones su aplicación sobre los impuestos genera efectos adversos (incluso perversos) cuando recae sobre los ingresos. Otro propósito que se desprende de la obra cumbre de MILL es su preocupación por la educación para atajar la pobreza, “educación nacional” como él la denomina, adoptando por tanto el Estado un papel director al vertebrarla.

En la actualidad NEUMARK puede considerarse una de las referencias contemporáneas en nuestro campo de estudio. Su agrupación de los principios impositivos⁶⁹⁷ nos interesa especialmente por sus consideraciones político-sociales y éticas a las que estructura alrededor de cuatro ideas:

- Principio de generalidad, todas las personas físicas y jurídicas deben someterse al impuesto dado la finalidad de los mismos;
- Principio de igualdad por el que todos deben recibir el mismo trato tributario estando en la misma situación y desigual si se hallan en situaciones diferentes (*suum cuique tribuere*);
- Principio de proporcionalidad: todos contribuirán según su capacidad de pago;

⁶⁹⁷ NEUMARK, F: “Principios de la Imposición”, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1994.

- Principio de redistribución que viene a tratar de reequilibrar la distribución inicial de la renta en el sistema económico mediante la progresividad del tributo.

En consonancia con esto, la capacidad de pago es clave para la determinación de los tributos y del propio sistema impositivo, pilotando a su vez sobre el criterio de equidad instalado de manera transversal en todo el proceso.

Esa equidad, en diversas matizaciones, nos conduce a STIGLITZ, RAWLS y NOZICK⁶⁹⁸.

A continuación nos interesa destacar, para completar una visión sobre este apartado, el pensamiento de algunos autores en relación a la ética económica, los tributos y el prisma de la empresa privada.

En clave nacional es significativamente lúcido el pensamiento de Adela CORTINA⁶⁹⁹. Centrando sus estudios en el campo de la empresa privada, CORTINA sostiene en sus estudios una visión actualizada y focalizada en las empresas del s. XX y XXI. Muy especialmente desde 2014, ha desarrollado (aspecto que suscribimos en su totalidad) la inquebrantable conexión entre Ética económica y empresarial, que ya alumbrara en su día A. SMITH, como profesor, debe recordarse, de Filosofía Moral. La esencia del pensamiento de CORTINA⁷⁰⁰ radica en la creencia de que las verdaderas empresas generan sociedades justas y que este axioma genera, a su vez, un lazo indisoluble y necesario en las sociedades modernas y avanzadas. El último vértice del triángulo ético lo compondrían los ciudadanos y su comportamiento respecto de los dos elementos citados⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ NOZICK, R.: “Anarquía, Estado y utopía”, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1988.

⁶⁹⁹ CORTINA ORTS, A.: “Ética de la empresa y desarrollo económico” en Cortina A. (Ed.) “Construir confianza”, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 41-43.

⁷⁰⁰ CORTINA ORTS, A.: “Neuroética y Neuropolítica”, Tecnos, Madrid, 2011.

⁷⁰¹ CORTINA ORTS, A.: “Una ética necesaria para construir verdaderas empresas y sociedades justas”. Conferencia pronunciada en su nombramiento como Doctora Honoris Causa por la Universidad Politécnica de Cartagena. 27-1-12.

A colación de esto, téngase en cuenta sobre los pasados escándalos de la última década de los 2000 lo ya expuesto en el capítulo I de esta tesis, a raíz fundamentalmente de los casos UBS, Lehman Brothers y Enron⁷⁰².

La teoría de la justicia de John RAWLS⁷⁰³ (1971) puede encuadrarse en la ética normativa. Como acertadamente señala MARTÍNEZ GARCÍA,⁷⁰⁴ para RAWLS lo justo es verdadero y por contra lo injusto es falso e irracional de tal suerte que a la justicia también se llega por el camino de la razón. La teoría de la justicia no agota la ética. El profesor de Harvard otorga un valor prioritario a la libertad en su idea del hombre de forma que la libertad es condición necesaria para la realización de la concepción del bien y para el desarrollo del sentido de la justicia. En consonancia con esto, los poderes (públicos entre otros) permiten (o pueden permitir) que la libertad tenga su campo de ejercicio. La teoría de la justicia persigue lograr una convivencia armónica. RAWLS adquiere de nuevo, en nuestros días, inusitada actualidad cuando afirma que el problema que subyace es la necesidad del Derecho frente a la anarquía. El anarquismo, siguiendo a MARTÍNEZ GARCÍA, implica la lucha caótica de todos contra todos imposibilitando las normas. Es en ese entorno donde la norma adquiere, a través de la cooperación social, una vertiente de extraordinario interés. Las reglas del juego se hacen así viables si bien resulta criticable, aspecto que compartimos con MARTÍNEZ, que RAWLS olvide que la cooperación implica identidad de intereses y en un conflicto de interés solo la justicia puede dar respuesta al conflicto planteado. El ideal de RAWLS es una sociedad sin tensión donde la justicia se identifica con estabilidad y armonización de conflictos.

El término “posición originaria” es la creación característica de RAWLS, conteniendo como hipótesis, un razonamiento sobre la justicia y sus principios sin que medie ningún obstáculo. Se trata de evitar interferencias de los intereses particulares que limitan la imparcialidad. Todos los ciudadanos parten con un “velo de ignorancia” que impide el conocimiento racional. Así el autor persigue hallar principios generadores auténticos del sentido de la justicia y sin interferencia alguna. El profesor otorga prioridad a la justicia

⁷⁰² CORTINA ORTS, A.: “Aprendiendo de la crisis. Una lectura ética” en Costas, A. (Coord.) “La crisis de 2008. De la economía a la política y más allá”. Fundación Cajamar, 2010, pp-199-214.

⁷⁰³ RAWLS, J: “Teoría de la Justicia”. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

⁷⁰⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, J.I.: “La teoría de la justicia en John Rawls”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

sobre cualquier otra posición sosteniendo siempre el sentido común como basamento de su teoría en la cual el razonamiento (lo razonable, *reasonable*) vuelve a ser determinante en el Derecho como premisa filosófica menos criticable (atacable). En palabras del propio autor “la idea directriz es que los principios de justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo originario”.

El concepto de libertad fundamental abarca, sin ser una lista cerrada, la libertad política, la de expresión, conciencia y pensamiento así como el derecho a la propiedad privada y la libertad personal. Esa libertad conduce, en palabras del autor, al principio de responsabilidad. Se produce la injusticia cuando unas personas tienen mayor libertad que otras. El modelo social propuesto presenta una sociedad sin barreras sociales infranqueables, por lo que se fomenta el acceso a la educación en todos los estratos sociales.

Otra singularidad del pensamiento de RAWLS es la adopción del libre mercado como fundamento del mismo. El papel de oferta y demanda resultan esenciales reservándose al Estado una intervención moderada respecto de las imperfecciones del mercado que lo alejen de la competitividad. En su extenso trabajo RAWLS tiene ocasión de ocuparse de la tributación en su faceta correctora de desigualdades así como la transferencia al Estado de recursos para su funcionamiento.

Es procedente traer a colación aquí la nítida reflexión que hacía un filósofo de la talla de Zygmunt BAUMAN,⁷⁰⁵ cuando resumía los últimos treinta años de un supuesto boom económico (a costa, en parte, de lo social). BAUMAN señala que la creencia generalizada en una sociedad pre-digital era pensar que el bienestar iba en aumento, sabiendo que ese planteamiento estaba basado en una inversión que no generábamos y la solicitud de créditos a expensas de nuestros nietos llegando posteriormente la inevitable y previsible crisis del crédito⁷⁰⁶ pero nadie quiso pinchar esa burbuja ni apagar la música de la fiesta por ello, sostiene el sociólogo y filósofo polaco, todos somos responsables en parte de la ocurrido.

⁷⁰⁵ BAUMAN, Z.: “Tiempos líquidos” Ed. Tusquets, Barcelona, 2007.

⁷⁰⁶ BAUMAN, Z.: “¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?” Ed. Paidós, Barcelona, 2014.

En una crítica severa, el creador del concepto de las realidades líquidas⁷⁰⁷, llega a afirmar: “dejamos que nuestra conciencia se adormeciera y fuimos hacia la catástrofe porque no veíamos señales....olvidamos que detrás de los accionistas están las personas, los ciudadanos y su futuro y el de las venideras generaciones”.

Por su parte KUKATHAS y PETTIT sostienen⁷⁰⁸, desde un punto de vista crítico, como RAWLS, que la exigencia de estabilidad impone fuertes restricciones a cualquier concepción de justicia. Destacan de su obra lo que se ha dado en llamar “individualismo moral” mediante el cual los agentes individuales son motores principales de la vida social. El afán de RAWLS se concentra en dar respuesta a los principios rectores que deben presidir una sociedad justa desde un punto de vista imparcial. El entramado rawlsiano se vertebra sobre la libertad como pilar básico concibiendo el Estado como una asociación de ciudadanos iguales y es precisamente por esa libertad por la que limitarse los poderes gubernativos. En el plano económico, RAWLS no presenta una elección sobre los sistemas económicos capitalista y socialista admitiendo ambos como compatibles en su teoría, con la justicia económica y con la igualdad de oportunidades.

Concluimos que la búsqueda de la equidad es el mayor objetivo de todo el pensamiento del profesor norteamericano y de esa equidad brotaría una sociedad estable.

Siguiendo en el plano de los tributos y su moralidad, será el alemán Klaus TIPKE quien en 2002⁷⁰⁹ elabore una teoría evolutiva al respecto, señalando que ese nuevo enfoque que pasa por la definición de la moral del Estado.

TIPKE parte del axioma por el que los problemas éticos son problemas de conducta al que une otra idea: la solidaridad es la causa subyacente en el pago de impuestos (o al menos debería serlo según pensamos). El alemán opta por atender al principio de capacidad económica (de entre los que ya hemos ido comentando anteriormente) de cara al reparto de los gastos públicos. Su planteamiento es conectar la justicia del tributo y su reparto con la capacidad económica de pago. En tal sentido, mantiene este autor, el impuesto sobre la renta de las personas se configura como el más justo (y quizás

⁷⁰⁷ BAUMAN, Z: “Ceguera Moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida”, Ed. Paidós, Barcelona, 2015.

⁷⁰⁸ KUKATHAS, CH. y PETTIT, Ph.: “La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos”, Ed. Tecnos, Madrid 2004.

⁷⁰⁹ TIPKE, K.: “Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes” Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

sencillo de establecer y analizar⁷¹⁰). En los primeros capítulos de su obra se estudia la moral tributaria de los poderes públicos y los contribuyentes para finalizar analizando el delito fiscal desde la óptica de ética y jurídica. No podemos estar más de acuerdo con el ilustre profesor alemán cuando señala, como causa de la elusión fiscal, la actitud de ciertos contribuyentes y sus asesores fiscales al sostener una conducta “legal pero dudosamente legítima”, retorciendo las posibles interpretaciones de las leyes en busca de lagunas para la elusión fiscal. Efectivamente, aquí radica una parte importante de la economía sumergida, que hace insuficientes, hasta el momento, las regulaciones actuales y otorga carta de naturaleza a FATCA y CRS. Estas aportan valor, no solo como normas para el cumplimiento sino, al tipificar y cerrar grietas del sistema tributario y estrechando sus lagunas.

Este planteamiento ha impregnado todo nuestro trabajo a lo largo de los cuatro capítulos del mismo y sus conclusiones.

El profesor detecta al menos dos problemas de cierta magnitud: el tratamiento fiscal de la familia y su base imponible por una parte y la libertad de movimiento de capitales propiciada en gran medida por la globalización, por la otra, junto con la deslocalización que comporta, lo que crea graves desventajas para ciertos territorios y personas, entrando de lleno en la injusticia tributaria. La opción de la armonización fiscal, tal y como hemos visto en el capítulo I y II en referencia a diversos aspectos, se constituye como una posible solución. TIPKE sostiene que han de hallarse principios tributarios objetivamente justos y aplicables a todos los impuestos con fines fiscales. En su opinión, ni los jueces ni los funcionarios deben ser ajenos a los criterios de justicia tributaria en la parte en que aplican la Ley pese a la complejidad o dificultad que está presente y que, en algunos momentos, supone una auténtica avalancha regulatoria.

TIPKE categoriza las actitudes del contribuyente frente a los impuestos⁷¹¹:

1. Aquel que sopesa ventajas y riesgos de la defraudación tributaria (*homo economicus*);

⁷¹⁰ Ciertamente podría alegarse, frente a esta afirmación de TIPKE, que el impuesto sobre la renta de las personas físicas no es precisamente sencillo de establecer ni analizar.

⁷¹¹ Estas nos traen a la memoria, en cierta manera, las seis categorías que SMITH consideraba motor del comportamiento humano en su obra “Teoría de los sentimientos morales” a partir del egoísmo humano y que incluían el deseo de mejorar, el deseo de reconocimiento social, el deseo de dominar, el deseo de una vida fácil, la vanidad y la avaricia.

2. El chalanero, que trata de compensar deficiencias de los servicios públicos ingresando al Tesoro menos impuestos;
3. El elusor legalista, como aquel que exprime al máximo las lagunas y defectos de las leyes para pagar menos impuestos sin incurrir en sanciones;
4. El inexperto, definido como aquel que no está capacitado para interpretar leyes tributarias sin ayuda de un asesor tributario;
5. El malhumorado, aquel que discrepa de la política pública y considera legítimo recortar su aportación por tal causa;
6. El sensible ante la justicia, definido como aquel que se muestra sorprendido ante las desigualdades y privilegios del sistema tributario.

Su conclusión pasa por proponer un “rearme moral” de todos los intervinientes en el ámbito fiscal partiendo del compromiso (que consideramos complejo, máxime con los constantes escándalos que provienen del mundo de las finanzas internacionales) de que la moral se introduzca de nuevo en las leyes tributarias, y que la justicia sea apreciada en este terreno como algo no marginal.

Por su parte, TORGLER continuará esta senda, acentuando aspectos que vinculan el cumplimiento normativo y la moralidad del tributo mediante el análisis de las causas influyentes en la recreación de una cultura sobre la moralidad tributaria. Sus estudios empíricos, especialmente volcados en el ámbito iberoamericano así como suizo, arrojan conclusiones sólidas para establecer pautas de comportamiento y delimitar teorías que van más allá del castigo a la hora de justificar el pago o la evasión del tributo. Por otra parte, existen además ciertos aspectos que deben contemplarse sobre la tributación dentro de una democracia liberal.

Al hilo de este razonamiento, como oportunamente ha señalado GRINBERG⁷¹², nuevamente un elemento histórico viene en nuestra ayuda para teorizar el papel que juegan las elites en la tributación, poniendo como ejemplo las diferencias entre Francia y Reino Unido. En el primer caso, su nobleza mantuvo enormes privilegios y exenciones fiscales que se daban muy matizada y excepcionalmente en el caso

⁷¹² GRINBERG, I.: “*Building Institutions for a Globalized World: Automatic Information Exchange*” en “*Global tax fairness*”, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2016.

británico, conscientes estos nobles del *rule of law*⁷¹³ y de la necesidad de un Parlamento robusto que limitase de forma efectiva el poder regio. En tal sentido el lema inglés “*No taxation without representation*” resume a la perfección este punto de vista.

El original estudio de ROSS⁷¹⁴ concluye que la riqueza petrolífera entorpece el paso a la democracia en aquellos Estados con capacidad productora, en gran medida debido al hecho de que sus gobiernos eliminan impuestos para sus residentes y llegan a tratos similares para sus empresas. En todo caso, los recursos (de uno y otro tipo) existentes sustentan sólidamente estas autocracias, impidiendo un gobierno democrático.

En idéntica línea de pensamiento CAVANAUGH⁷¹⁵ ha afirmado que el impuesto progresivo sobre los ingresos de capital, así como sobre las empresas o negocios, es un símbolo necesario del compromiso de equidad dentro de una democracia (liberal). Lo cual induce a GRINBERG a colegir que un sistema de intercambio de información que identifique a los contribuyentes prósperos y les requiera a participar del sistema impositivo (pagando impuestos) puede tener éxito. Esto es algo que ya hemos comentado previamente al citar al profesor FERGUSON. Nos estamos refiriendo a la relación directa entre los impuestos sobre las elites y la conciencia participativa dentro del juego democrático a través del mecanismo de esos impuestos⁷¹⁶.

El intercambio automático de información puede estimular que los contribuyentes demandan de sus gobiernos responsabilidad, no solo tributaria sino política y, por ende, ética. Por contraste, otros sistemas de intercambio de información basados en el anonimato reducen esta actuación, y rebajan la participación y la expectativa, pudiendo ser un germen de la desafección de la ciudadanía. Compartimos este enfoque, y creemos que la situación actual que se vive, no solo en Europa, sino en todo el mundo a colación del auge de los populismos, viene a corroborar esta idea, al tiempo que nos señala, al menos desde el punto de vista tributario, las acciones que deben ser tomadas para combatir estos movimientos que socavan la democracia de manera patente.

⁷¹³ Aunque el concepto pueda discutirse en su traducción en sentido amplio, el *rule of law* o imperio de la Ley podría conceptuarse en torno a las coordenadas de someter el ejercicio del poder político al Derecho para limitarlo y garantizar la libertad individual.

⁷¹⁴ ROSS, M.L.: “*Does oil hinder Democracy?*” 53World Politics, 2001, pp. 325-361.

⁷¹⁵ CAVANAUGH, M.B.: “*Democracy, Equality and Taxes*”, 54 Alabama Law Review 415, 2003.

⁷¹⁶ FERGUSON, N.: “*The cash nexus: money, and power in the modern world, (1700-2001)*”, Ed. Penguin, 2002.

Un razonamiento muy similar ya fue aportado en su día por MUSGRAVE a la hora de señalar la conciencia sobre el procedimiento fiscal interno de cada Estado por parte de sus ciudadanos y, por consiguiente, su compromiso con la demanda de responsabilidad política⁷¹⁷. Al final lo que se está dilucidando es la legitimidad del Estado, o al menos uno de sus pilares.

Este razonamiento, llevado a países con menor tradición democrática o en vías de desarrollo, inmersos en procesos democráticos jóvenes, adquiere suma importancia tal y como han puesto de relieve MARTÍNEZ-VÁZQUEZ y TORGLER⁷¹⁸.

En España los estudios sobre ética fiscal dentro de los sistemas tributarios son relativamente recientes. Con la llegada de la democracia brota un número considerable de autores preocupados por esta cuestión y por sus amplias conexiones con diversas ramas del conocimiento científico. Ciertamente es que el cumplimiento fiscal es un deber ciudadano no siempre comprendido y respetado por los mismos, cayendo en el conocido fenómeno de la evasión, y en tal sentido es oportuno analizar el grado de moral tributaria que cada Estado presenta⁷¹⁹. Los citados TORGLER y MARTÍNEZ han estudiado en 2005⁷²⁰ la evolución de la moralidad tributaria en España, llegando a la conclusión de que se ha producido una evolución, consistente en un nivel de evasión fiscal de 40% a finales de los 70 hasta alcanzar luego una tasa de un 90% de ciudadanos pagando sus tributos. Varias razones se esgrimen para explicar este cambio: el tránsito de la dictadura a la democracia en esos años donde la sociedad participaba en la política después de mucho tiempo y cuyo reflejo cristalizó en los Pactos de la Moncloa; las leves sanciones que la ley imponía durante la dictadura franquista; la incorporación de nuestro país a la UE, con su influjo poderoso de cara a la actualización y armonización del sistema tributario, y, por último, la implantación de un sistema progresivo de impuestos, con una alta aceptación desde el punto de vista que nos interesa de la moral tributaria y generador de mayor confianza y cooperación no solo tributaria.

⁷¹⁷ MUSGRAVE, R.: “Clarifying tax reform”, 70 Tax notes, 5 Feb. 1996.

⁷¹⁸ MARTÍNEZ-VÁZQUEZ, J. y TORGLER, B.: “Social Institutions and tax effort in developing countries” CREMA working paper num. 21, 2004.

⁷¹⁹ GIARRIZZO, V. y SIVORI, JS.: “La inconsistencia de la moral tributaria. El caso de los moralistas evasores” Pecunia, Universidad de Buenos Aires, 2010.

⁷²⁰ TORGLER, B. y MARTÍNEZ, J.: “The evolution of tax moral in modern Spain”, Georgia State University: Andrew Young School of Policy Studies, 2005.

Este punto de vista ha sido recogido así mismo por documentos como el elaborado por los funcionarios Andrea BEDOYA y Byron VÁSCONEZ, del Servicio de Rentas Internas de Ecuador para el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias⁷²¹ (en su 45° Asamblea General celebrada en Quito en 2011). El documento parte de la premisa de que la democracia convierte a la política fiscal en un punto gravitatorio para las relaciones Estado-ciudadanos, necesitándose que estos últimos perciban el sistema tributario como una palanca para la mejora de la economía, de manera que el fraude y la evasión son considerados como “retrocesos en la cohesión social”.

Conectan con las primeras posiciones expuestas a lo largo de este epígrafe y que, desde MILL y SMITH, perciben el doble juego o la doble mirada con la que Estado y ciudadanos se enjuician y valoran al considerar éticos o no los principios de su relación tributaria y, por ende, legal. Esa apariencia contractualista tan propia de RAWLS sin ir más lejos y reflejada en el utilitarismo de BENTHAM que MILL modernizó, se plantea si la evasión fiscal acontece por la ausencia de valores o normas. Ya ARISTÓTELES nos contestó, al señalar que los ciudadanos deben percibir los tributos como una contribución al bien común. Históricamente se ha estudiado la evasión a través de las sanciones habidas en caso de incumplimiento normativo y, pese a no haber demasiados estudios empíricos, el criterio de utilidad por parte del ciudadano pagador del impuesto determinaba el pago en sí mismo.

Hoy sabemos que el tributo debe ser analizado a la luz de más vectores e instituciones implicadas. Su naturaleza y su etiología son complejas al menos en la creación del mecanismo que genera en el contribuyente la obligación de pago y el acto mismo del pago. Precisamente siguiendo a TIPKE, la moral del Estado radica en la calidad de sus instituciones. En otras palabras, la evasión no es solo un castigo al Estado sino una desafección por la complejidad del sistema fiscal, el desconocimiento y la desconfianza ante el funcionamiento adecuado de las instituciones del Estado. Ese resentimiento es objeto de especial atención por TIPKE, llegando a catalogar, como hemos visto, diversas reacciones en el contribuyente. Por lo tanto factores morales, sociales, culturales y políticos conviven con los meramente económicos a la hora de conocer y determinar la naturaleza del tributo y sus mecanismos de control.

⁷²¹ <https://www.ciat.org/> (último acceso 13-3-19).

Los primeros trabajos contemporáneos sobre la moralidad del tributo y del propio contribuyente aparecen en los años 90, y conectan la posición individual del sujeto obligado con la percepción que éste realiza sobre el tributo mismo. Así ERAD y FEINSTEIN⁷²² llevan a cabo estudios sobre el comportamiento fiscal de los contribuyentes sobre la base, en la que profundiza luego TIPKE, de que un contribuyente toma la decisión de evadir impuestos si los beneficios son superiores a los dilemas morales que la evasión plantea. La aportación de TIPKE es ubicar al Estado en este juego de posiciones entre el tributo y el contribuyente engarzando su papel como determinante a la hora de conferir carácter ético al tributo, es decir, el Estado debe tener su moral propia y debe solo exigir tributos éticos y transparentes. Donde quizás no se adentra TIPKE es en la base de una posible desobediencia civil ante el tributo injusto, o, en otras palabras, si cabe la objeción fiscal por razones éticas según lo conceptualizado por THOREAU⁷²³. Pensamos que es esta una espinosa vía que queda fuera del alcance de nuestro trabajo, al discurrir por caminos filosóficos en vez de internacionalistas o tributarios⁷²⁴.

La idea, hoy común, de que nuestros impuestos se conectan con los servicios públicos que percibimos, tiene su formulación más actual y directa en TIPKE, quien contempla el proceso como una obligación de ambas partes: el contribuyente paga, y el Estado gestiona adecuadamente, revirtiendo en los propios ciudadanos sus contribuciones dirigidas al bien común y debidamente priorizadas. En cierta forma, este planteamiento viene a completar el contrato social de ROUSSEAU, aportando y modernizando un enfoque que, en nuestra opinión, ha de apoyarse para mantener su legitimidad y su razón de ser.

⁷²² ERAD, B. y FEINSTEIN, J.: *"The role of moral sentiments and audit perceptions in tax compliance"*, Carleton Industrial Organization Research Unit, 1994.

⁷²³ THOREAU, H.D.: *"La desobediencia civil"* (1849) Ed. J.J. Olañeta, 2011.

⁷²⁴ En opinión de APARICIO PÉREZ, nuestro sistema positivo formula una apreciación que impide la desobediencia civil al hacer cumplir la obligación so pena de ilícito penal de tal suerte que "la idea de Justicia resulta inocua al sistema iuspositivista" y los jueces actuaran fundamentalmente regidos por criterios plasmados por el legislador únicamente. Se invoca aquí el principio de seguridad jurídica. En los últimos cinco años y como producto del influjo de los sistemas y regulaciones de origen anglosajón donde se determina el valor de la jurisprudencia parece haberse olvidado que en los sistemas continentales como el nuestro la Jurisprudencia del TS no es fuente del Derecho siendo esta tan solo un criterio "complementario" y orientador para el actor jurídico. Véase en tal sentido APARICIO PÉREZ, A.: *"Ética fiscal y Jurisprudencia"* en Ed. IEF, Madrid, 2004.

La otra vertiente del comportamiento fiscal (la estatal), nos lleva a analizar el problema desde el prisma de la corrupción tal y como hace TANZI⁷²⁵, al que ya estudiamos en el capítulo I. Este autor la define como “toda actuación del funcionario público que presenta un desvío sobre el objetivo general en beneficio propio”.

Las relaciones entre corrupción y recaudación tributaria ya fueron estudiadas desde principios del año 2000. Así, a mayores niveles de corrupción corresponden recaudaciones bajas, pues se entiende que la corrupción facilita precisamente la evasión.⁷²⁶ Es lo que TORGLER⁷²⁷, llama reciprocidad, es decir, si se percibe honestidad por el contribuyente, éste cumple, siguiendo la tendencia general. También ha de considerarse la corresponsabilidad del Estado en la percepción y concienciación del contribuyente. A lo que TIPKE añadiría que, si hay confianza en las instituciones (tributarias entre otras), el ciudadano se inclina por cumplir sus deberes cívicos (no solo tributarios).

En conclusión, cuando se da una gestión diáfana de las Administraciones y se adopta una normativa sencilla y clara, estamos abonando el terreno para obtener un alto grado de responsabilidad fiscal y un cumplimiento que redunde en una notable recaudación. Hasta nuestros días, hay escasos estudios monográficos que versen sobre fraude y evasión fiscal con moral tributaria; por el contrario, los trabajos existentes solo apuntan conexiones si bien a nuestro entender la naturaleza y la relación de estos fenómenos es evidente, y queda patente a poco que profundicemos en la filosofía del tributo y del cumplimiento normativo que genera.

Nos parece oportuno insistir, con STIGLITZ,⁷²⁸ en la necesidad de un sistema tributario (y legal) fácil de entender para el ciudadano. A nuestro juicio, si la norma y la recaudación tienen el mismo destinatario, ¿qué razones hay para oscurecer el texto, cuyo objetivo es garantizar el proceso? Sin duda, en técnica legislativa se debe mejorar

⁷²⁵ TANZI, V.: “*Corruption around the world: causes, consequences, cope and cures*” Staff papers, International Monetary Fund, 1998, pp. 559-594.

⁷²⁶ GUPTA, S., DAVOODI, H. y ALONSO-TERME, R.: “*Does corruption affect income inequality and poverty?*” *Economics of Governance*, 3(1) 2002, pp. 23-45.

⁷²⁷ TORGLER, B.: “*Beyond punishment: a tax compliance experiment with taxpayer in Costa Rica*”, *Revista de Análisis Económico* núm. 18, 2003 y muy especialmente en “*Tax Compliance and tax moral: a theoretical and empirical analysis*”, Edward Elgar Publishing, 2007.

⁷²⁸ STIGLITZ, J.: “*La economía del sector público*” Ed. Antoni Bosch, Barcelona, 2003.

y aproximar la tributación al contribuyente mediante la educación financiera. La mejora en la comunicación y explicación del tributo por parte de los Estados es una necesidad acuciante si queremos altos grados de participación cívica en Estados cada días más plurales y diversos⁷²⁹.

El otro gran reto, a nuestro entender es conseguir y trasladar al ciudadano la eficacia de la Administración Tributaria mediante la aproximación a un Estado solidario y eficiente. Creemos firmemente que, en este sentido, FATCA y CRS pueden demostrar, con datos reales y mensurables, que las Administraciones Públicas, mediante la cooperación internacional y la ayuda, en gran medida del sector bancario, pueden impulsar entornos justos y equitativos.

4.5 Conclusiones.

1. A lo largo de este capítulo hemos trazado una perspectiva multidisciplinar (jurídica, económica, social y política), que trata de aglutinar aspectos normativos recientes y con especial incidencia en el ordenamiento jurídico español mientras que en los capítulos precedentes se ha examinado la cooperación desde el plano internacional y esencialmente europeo.
2. Al tiempo nos ha parecido interesante y oportuno abrir una reflexión sobre la etiología misma del tributo y el fraude fiscal, recapacitando sobre la justicia de los tributos y la razón última que induce a la evasión fiscal tratando así de conectar, en un bucle temático, con los inicios de nuestro trabajo marcados en el capítulo I.
3. Igualmente nos parece reseñable exponer, hasta donde legalmente nos es permitido dada nuestra participación interna, la implantación práctica de un proyecto de cumplimiento normativo en una institución financiera. Coordinar y controlar este proceso ha sido y es una experiencia conspicua, que ha determinado nuestro trabajo cotidiano y de esta propia tesis. Vencer los desafíos que tal

⁷²⁹ Por ello no podemos tener excesiva confianza en reformas fiscales como la propuesta por el Presidente Trump al aprobar la Ley de Empleo y de Recortes de Impuestos (*Tax Cuts and Jobs Act*) de 22-12-17 que supone una reducción permanente del 35% al 21% del tipo impositivo sobre el impuesto de sociedades. Al amparo de esta norma las empresas norteamericanas podrán repatriar hasta tres billones de dólares que se hallan fuera de EEUU y por los que no han tributado hasta el momento. Sin duda, el Erario público norteamericano se ve beneficiado por esta medida al ampliar su base imponible.

implantación planteaba, siempre desde un enfoque jurídico, ha requerido la mayor atención y ha coadyuvado a realizar este trabajo, del que sin duda se ha retroalimentado.

4. Hemos adoptado, dada la singularidad de FATCA y CRS, un enfoque sustancialmente práctico, pues así lo requería el fin mismo de esta codificación y hemos tratado siempre de esclarecer y de tomar partido por una línea transparente y facilitadora en la comprensión de la Ley, al tiempo que necesariamente rigurosa, tratando de vertebrar las coordenadas de asuntos complejos y en ocasiones áridos.
5. La aprobación de la Ley 7/2012, en la que constatamos una poderosa evolución del lenguaje y la literatura jurídica, supone un punto de inflexión en el tratamiento y la acción decidida del España en la lucha contra el fraude fiscal. Hoy es posible afirmar que si España se ha incorporado a la vanguardia en las iniciativas del intercambio automático de información, como herramienta eficaz en ese combate, es en gran medida por la existencia de este marco que la Ley apunta. Dos figuras sobresalen en ella por su especificidad: por una parte, la creación de la Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional (ONFI), como especialista en la materia y responsable de la coordinación de la información obtenida por la Administración tributaria española. Por la otra, el reforzamiento que incluyen los Planes de Control Tributarios nacidos desde 2012. Recuértese cuán diferente era la situación en nuestro país en 2010, cuando frente al páramo legislativo español, en EEUU se alumbraba FATCA, a la par que la OCDE pergeñaba CRS. España ha sabido, y ha querido, incorporarse al G5 europeo liderando la lucha contra el fraude y los paraísos fiscales, teniendo voz propia en la UE y los organismos internacionales, en gran medida, porque han sido los técnicos de nuestra Administración, sin interferencias, los que han conducido un proceso legislativo que ha estado, y continua aún en parte, teniendo lugar en la sombra, quizás por la magnitud que conlleva, amén de por la propia naturaleza de la información sensible que maneja. Como hemos tenido ocasión apuntar, numerosos son los factores y fuerzas que han tratado de obstaculizar el intercambio automático de información financiera pero, por el momento, todos han fracasado y ello nos hace ser moderadamente optimistas al comprobar que nuestra hipótesis científica de partida se confirma, y que estamos ante los inicios de una nueva era en las relaciones internacionales, donde la cooperación internacional es el medio por

excelencia para avanzar y emprender acciones en beneficio de la comunidad internacional, y con vistas a la consecución de la justicia y la equidad.

6. Atribulados han sido nuestros pensamientos a la hora de decidírnos a incluir un epígrafe sobre la ética y los impuestos. Se ha dicho, en la moderna Ciencia Política, que virtud y mercado han de poder conjugarse desde los principios lockianos hasta los planteamientos actuales de TIPKE. Descubrir la vigencia del pensamiento de MILL, la hondura con la que SMITH supo capturar la naturaleza del ser humano en su ambición y su egoísmo, a veces como motor de progreso, han sido experiencias gratas e intelectualmente impagables. Pensamos que la cultura del interés exclusivo debe ser desterrada, y que precisamente por ello las iniciativas de lucha contra el fraude fiscal (de las que FATCA y CRS son su más avanzada expresión) deben contribuir a revitalizar Estados modernos, democráticos, justos y participativos, en suma, Estados “cívicos” en los que sus ciudadanos se encuentren representados y protegidos. Debemos apelar a la virtud y al deber ciudadano sin capitular en lo moral y en lo político. Buscar la prosperidad sin olvidar la ejemplaridad.
7. Pensamos que la Ética en los negocios y en la empresa viene a ocupar y cubrir un hueco en la dimensión público-privada de la vida. Sin ética no hay desarrollo ni evolución posible, y no solo en el terreno económico, sino en ningún aspecto vital. Por consiguiente, la Economía debería contener siempre un matiz social intrínseco. En este sentido, la lucha contra el fraude fiscal supone un notable esfuerzo en el marco de una crisis internacional, no solo económica sino social. Es preciso reforzar esfuerzos en ese combate.

CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas pretendemos sintetizar los puntos de mayor trascendencia analizados a lo largo de estos cuatro capítulos precedentes.

Así mismo incidimos en los aspectos que consideramos reflejan con mayor fidelidad nuestra aportación a la materia y significativamente a la cuestión, es decir, el fraude fiscal, la evasión como forma de expresión del mismo y la aportación que las iniciativas FATCA y CRS cohonestan a la hora de combatirlo desde el plano de la cooperación internacional.

La vertiginosa evolución que estos instrumentos jurídicos internacionales han propiciado no tiene precedentes en nuestra opinión y justifica un estudio pormenorizado que profundice, con rigor científico e intelectual, en detalle los compromisos derivados de su implantación para Estados, Organizaciones internacionales, Instituciones financieras y ciudadanos.

Con el convencimiento de estar siendo testigos del nacimiento de un nuevo régimen internacional iniciamos y concluimos nuestra Tesis.

No es tarea sencilla tratar de arrojar alguna luz en el siempre opaco mundo de las finanzas internacionales; cuando además debe sumarse el factor de abordar temas como los paraísos fiscales, el fraude fiscal y el secreto bancario, la tarea empieza a ser realmente compleja por la cantidad de ópticas posibles y la inmensidad de fuentes del derecho que aportan y generan materiales jurídicos en constante evolución; hasta cierto punto podríamos argumentar que uno de los rasgos determinantes en la lucha contra el fraude, especialmente tras la crisis financiera del 2007-08, es precisamente la avalancha regulatoria que en el campo del Derecho Internacional Público se viene produciendo y que configura un nuevo modelo (ágil) de cooperación internacional entre Organismos y Administraciones.

1. La primera gran conclusión, que apreciamos al finalizar nuestro trabajo es de resultado: el mundo de la evasión fiscal debe ser analizado y remediado desde una perspectiva multidisciplinar (esencialmente Ciencias Económicas y Jurídicas) que, a modo de epílogo, aglutine elementos normativos y su reflejo inmediato en nuestro corpus legislativo.

2. Los cambios regulatorios contienen una cierta dosis endógena (y hasta cierto punto endogámica) ya que sus responsables han sido, en numerosos casos, previamente, los responsables de las Instituciones Financieras que han protagonizado la crisis del sector privado con notables ramificaciones en el sector público. Todos estos cambios deben perseguir la estabilidad del sector financiero y por tanto deben redundar en beneficio de los consumidores.

Estados y mercados financieros mantienen una relación simbiótica donde la simplicidad en las obligaciones regulatorias no siempre es posible ni deseable.

3. Al tiempo nos ha parecido interesante y oportuno abrir una reflexión sobre la etiología misma del tributo y el fraude fiscal, recapacitando sobre la justicia de los impuestos y la razón misma que induce a la evasión fiscal tratando así de conectar, en un bucle temático, con los inicios de nuestro trabajo plasmados en el capítulo I. El fraude fiscal socava la igualdad de los ciudadanos ante la Ley. El impago de impuestos genera desafección al sistema (democrático) y ataca las bases sociales del mismo creando un caldo de cultivo óptimo para los populismos.
4. Igualmente nos ha parecido reseñable dar a conocer, hasta donde legalmente nos es permitido dada nuestra participación interna, el mecanismo de implantación de un proyecto de cumplimiento normativo en una Institución financiera. Coordinar y controlar este proceso ha sido y es una experiencia conspicua que ha determinado el nuestro trabajo y de esta propia Tesis doctoral. Vencer los desafíos que tal implantación planteaba, siempre desde un enfoque jurídico, ha requerido la mayor atención y ha coadyuvado a realizar este trabajo del que sin duda se ha retroalimentado.
5. Hemos adoptado, dada la singularidad de FATCA y CRS, un enfoque sustancialmente práctico pues así lo requería el fin mismo de esta codificación y hemos tratado siempre, de esclarecer y de tomar partido por una línea transparente y facilitadora en la comprensión de la Ley al tiempo que necesariamente rigurosa. En tal sentido el aprendizaje y el bagaje teórico y científico que hemos adquirido al escribir esta Tesis ha resultado determinante para vertebrar, con probidad, las coordenadas de asuntos a veces complejos y a veces áridos.

6. Hemos revisado, desde su génesis, la iniciativa CRS, centrada en la información de personas físicas y su par para personas jurídicas, conocida como BEPS. Ambas reflejan la respuesta de la sociedad internacional, canalizada, singularmente, a través de la OCDE, para una fiscalidad avanzada y justa que debe progresar sellando las grietas del sistema financiero internacional.
7. Hemos revisado el concepto de paraíso fiscal y comprendido su convulsa evolución para llegar un concepto que, por acertado, entendemos sea más perdurable. Las nociones de baja y nula tributación se configuran como consustanciales al mismo.
8. Parece plausible enmarcar en estas coordenadas al intercambio de información tributaria de carácter automático como proceso ganador de entre un cúmulo de posibles resortes legales.

Para ser una jurisdicción transparente, según los criterios de la UE, ha de cumplirse con el intercambio automático de información a través de su estándar: el *Common Reporting Standard*, CRS; es decir, la UE considera que este tipo intercambio es una herramienta esencial en la lucha contra el fraude y lo eleva a requisito para aquellos territorios que desean salir de una lista negra de jurisdicciones incumplidoras.

9. La aprobación de la Ley 7/2012, en la que constatamos una poderosa evolución del lenguaje y la literatura jurídica, supone un punto de inflexión en el tratamiento y la acción decidida de España en la lucha contra el fraude fiscal. Hoy es posible afirmar que si España se ha incorporado a la vanguardia en las iniciativas de intercambio automático de información, como herramienta eficaz en ese combate, es en gran medida por la existencia de este marco que la Ley apunta. Dos figuras descollan en ella: por una parte la creación (2013) de la Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional (ONFI) como especialista en la materia y responsable de la coordinación de la información obtenida por la Administración tributaria española; por otra el reforzamiento que incluyen los Planes de Control Tributarios nacidos desde 2012. Recuérdese cuán diferente era el páramo legislativo en 2010 en nuestro país mientras EEUU alumbraba FATCA y la OCDE pergeñaba CRS. España ha sabido y ha querido incorporarse al G5 europeo y liderar la lucha contra el fraude y los paraísos fiscales teniendo voz propia en la UE y los organismos internacionales en gran medida porque han sido los técnicos de la Administración, sin interferencias, los que han conducido un proceso legislativo que ha estado y esta aun en parte

actuando en la sombra quizás por la magnitud que conlleva y por la propia naturaleza de la información sensible que maneja. Numerosos son los influjos y las influencias que han tratado de encallar en el intercambio automático de información financiera, sin embargo por el momento todos han fracasado y ello nos hace ser moderadamente optimistas al percibir, como siempre hemos defendido, en el amanecer de una nueva era en las relaciones internacionales donde la cooperación es el medio para avanzar y para emprender acciones en beneficio de la comunidad, de la justicia y la equidad.

La última ratio de la legislación comunitaria se halla en el reto que plantea la elusión fiscal transfronteriza, la planificación fiscal agresiva y la competencia fiscal perjudicial. Todas ellas provocan un debilitamiento de las bases imponibles estatales. Las Directivas (2011/16/UE y subsiguientes modificaciones) desprenden un singular y decidido intento de codificación en aras de sustentar y clarificar la legislación fiscal de los contribuyentes europeos dotando de un marco de estabilidad y seguridad jurídica a los inversores.

La Directiva 2018/822 de la UE sobre intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos supone una apuesta definitiva por el intercambio automático como mecanismo internacional de comunicación (y cooperación) de información. Simultáneamente pone de relieve la toma de razón por las autoridades comunitarias respecto al carácter transnacional del fraude y la evasión fiscal así como el redoblado esfuerzo en la búsqueda de mayor transparencia y equidad tributaria en la UE.

Por lo tanto, supone un hito evolutivo, en términos de calidad y profundidad respecto de la capacidad inspectora de las Administraciones Tributarias y de los Estados con el objeto de sellar en lo posible las grietas del sistema financiero internacional, llegando a un grado de profundidad hasta ahora inédito en los instrumentos jurídicos habidos contra el fraude y la evasión fiscal.

A modo de epílogo se ha presentado en nuestro país el Anteproyecto de Ley contra el fraude fiscal para combatir las nuevas formas de evasión, que de manera tajante y con acentuado carácter disuasorio, pretende actuar sin vacilación frente al desafío que supone el fraude fiscal.

Sin duda que con la globalización y la utilización con mayor profusión de medios de pago electrónicos (junto a las criptodivisas) esta medida facilita el control de los pagos así como la trazabilidad de los mismos confiriendo a la Autoridad Tributaria (y por ende a los Estados) un instrumento de control con exorbitantes magnitudes.

Entendemos que el control judicial de la información que pueda recopilarse actúa como garantía para preservar los derechos del ciudadano (y cliente) de la Institución Financiera.

Razones de seguridad nacional o interés público se han demostrado insuficientes para tender un marco común entre el sistema jurídico norteamericano y europeo continental.

10. Siempre en clave nacional, hemos constatado las debilidades (endémicas) sobre las del sistema tributario español, reiteradas por la Comisión europea; a saber: por una parte la escasa recaudación por IVA debido al fraude y la elusión fiscal (y su consiguiente medida, el SII) y por otra el alcance de los tipos reducidos y una fiscalidad ambiental débil o mejorable en términos comparables.
11. Atribulados han sido nuestros pensamientos a la hora de decidirnos a incluir un epígrafe sobre la ética y los impuestos. Se ha dicho en la moderna Ciencia Política que virtud y mercado han de poder conjugarse desde los principios lockianos hasta los planteamientos actuales de Tipke. Descubrir la vigencia del pensamiento de Mill, la hondura con la que Smith supo capturar la naturaleza del ser humano en su ambición y su egoísmo, a veces como motor de progreso, han sido experiencias gratas e intelectualmente impagables. Pensamos que la cultura del interés exclusivo debe ser desterrada y es ahí donde las iniciativas de lucha contra el fraude fiscal (de las que FATCA y CRS son su más avanzada expresión) deben contribuir a revitalizar Estados modernos, democráticos, justos y participativos, en suma, cívicos. Debemos apelar a la virtud y al deber ciudadano sin capitular en lo moral y en lo político; buscar la prosperidad sin olvidar la ejemplaridad.
12. Hemos comprendido las necesarias relaciones entre la legislación relativa a la Prevención sobre el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo (PBCyFT) y FATCA y CRS. En nuestra opinión estas últimas iniciativas suponen un eslabón evolutivo en la lucha contra el fraude. Pese a su especificidad, nuestro objeto

de estudio parte de los fundamentos y la experiencia aprendida en PBC y a nuestro juicio perfecciona y corrige técnicas en su búsqueda para sellar resquicios en las grietas del sistema financiero internacional.

Desde la publicación de la Quinta Directiva se constata la interacción decidida de ambas legislaciones con la finalidad de robustecer el sistema financiero europeo y la libre circulación de capitales. De hecho la información obtenida por la diligencia debida en PBC atañe y coincide, en gran medida, a la obtenida por las iniciativas FATCA y CRS, que supusieron en su día un peldaño evolutivo superior a la legislación anti blanqueo.

Puede afirmarse que FATCA y CRS son catalizadores de la cooperación internacional y han contribuido a impulsar la lucha contra el fraude y la elusión fiscal de manera inusitada. Incluso han propiciado cambios en las técnicas de PBC incluyendo conceptos y figuras que no habían sido objeto de regulación (profusa) por aquella (*trust*, fideicomisos, titularidad real, protección de datos, canales de denuncia, monedas virtuales, implantación de mecanismos centralizados automatizados, entre las más reseñables).

La evolución esencial radica en el tránsito de una cooperación espontánea o a demanda (PBC) frente al automatismo auspiciado por el binomio FATCA y CRS.

13. Las tres grandes tendencias sobre los Acuerdos de intercambio de información tributaria pueden aglutinarse en:

- Incremento progresivo y sistemático de países y jurisdicciones que se suman en la red mundial de intercambio de información tributaria;
- Evolución del sistema de requerimiento o bajo petición al sistema automático para compartir estos datos con periodicidad generalmente anual;
- Evolución del carácter de la transmisión unidireccional a bidireccional e incluso multidireccional; se ha avanzado hacia un intercambio global en tiempo real que refleja la propiedad de cuentas y productos financieros de sus titulares.

14. Llegados a este punto dos grandes focos polarizan la atención:

- De una parte el modelo norteamericano que requiere la gestión de datos de clientes norteamericanos con cuentas y rendimientos fuera de EEUU; su planteamiento es bilateral (entre EEUU y cada país que desea suscribir el Acuerdo para obtener recíprocamente datos de sus nacionales residentes o con rendimientos en EEUU);
- De otra e inspirada en la anterior, mejorando y ampliando su enfoque, la proveniente de la OCDE basada en un enfoque multilateral que potenciará la cooperación internacional en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal.

15. Desde el punto de vista norteamericano existe poco rédito en participar en CRS ya que aunque este es considerado muy próximo al modelo IGA 1 de FATCA, EEUU no aprecia ventajas y si carencias en el modelo procedente de la OCDE.

En esta línea argumental puede añadirse que FATCA impone retenciones como sanciones a las Instituciones no cumplidoras de sus requerimientos mientras que CRS adolece de tales sanciones si bien no comparte información con aquellas jurisdicciones incumplidoras del acuerdo.

Precisamente la existencia de un poder sancionador y regulador unilateral (por parte de las Autoridades norteamericanas) supone una innegable ventaja a la hora de efectuar cambios en la normativa y requerimientos más complejos en el enfoque multilateral que ofrece CRS.

16. En cualquier caso, desde la aparición de FATCA y CRS para las *US person* como para los residentes de las jurisdicciones participantes, respectivamente, el secreto bancario de las cuentas financieras ha desaparecido para siempre. Al mismo tiempo se tendrá en cuenta y se comparará la información que obra en poder de las Autoridades Tributarias sobre el contribuyente. Estos contribuyentes han de aceptar y valorar la necesidad de colaboración con el Fisco y el coste de la regularización fiscal pertinente, desde la entrada en vigor de estas normativas.

17. Las cargas administrativas propiciadas por la implantación de FATCA afectan a los clientes de Instituciones financieras identificados como *US person* (y es posible delimitar su impacto aplicando los umbrales contemplados por la legislación y los Acuerdos Intergubernamentales (IGA)), sin embargo en el caso de CRS todos los

residentes de las jurisdicciones firmantes son objeto de identificación y *reporting* en sus posiciones bancarias correspondientes incrementando así notablemente el número de estos.

18. A lo largo de las páginas de este trabajo hemos resaltado las consecuencias que la implantación de los textos normativos estudiados acarrearán para ciudadanos e Instituciones financieras.

El concepto de residencia fiscal ha sufrido, en este proceso normativo, un fuerte impacto acrecentando su valor mediante una auto-declaración del titular. La unificación de este criterio en el ámbito europeo como consecuencia de la promulgación de CRS es relevante y trascendente. Habida cuenta de esto y en términos evolutivos, la jurisprudencia de nuestro TS ha profundizado en las diferencias entre la residencia fiscal frente al concepto de residencia habitual.

19. Otra clave de bóveda sobre las iniciativas analizadas la constituye el valor del documento de identificación fiscal del ciudadano. Universalmente conocido como *Tax Identification Number* (TIN) su nueva exigencia sintetiza la insoslayable necesidad de su exigencia para establecer la probidad del sistema. El desafío de conseguir un conocimiento mundial de estos documentos y su validación, ab initio era mayúsculo y sigue en pie si bien se han establecido sólidos fundamentos en la codificación y desarrollo. El TIN constituye un parámetro fundamental para que las Autoridades Tributarias de las jurisdicciones participantes en FATCA y CRS obtener información de cara al ulterior intercambio automático; posibilita por tanto la transparencia. La OCDE ha actuado como organismo aglutinador de la información creando un portal web de libre acceso con la información que los países han ido aportando al respecto y que es actualizada periódicamente.
20. En la práctica numerosas IF, que se sitúan a la vanguardia de la aplicación de la normativa anti fraude fiscal, y en coherencia con la sensibilidad de la ciudadanía ante escándalos recientes, han incorporado filtros y preguntas en el procedimiento de alta del cliente (tanto al nuevo como al preexistente que contrata nuevamente) al objeto de conocer su estatus fiscal y acreditar su residencia y vínculo fiscal con otro país o territorio.

A diferencia de la normativa norteamericana, la propiciada por la OCDE, exige la comunicación al cliente sobre la existencia de controles en sus datos personales y en caso de que posteriormente se decida intercambiar sus datos con otras Autoridades, ha de recabarse su consentimiento escrito.

21. Se han previsto notables sanciones para los casos de incumplimientos por parte de clientes e Instituciones financieras que deberán afrontar multas pecuniarias además del grave desprestigio reputacional, difícil de explicar cuando se trata de conseguir una mayor transparencia frente a la opacidad, una mayor equidad tributaria frente a la evasión fiscal.
22. Podemos concluir que el *Reporting* se configura como un procedimiento de envío de información tributaria relevante a las Autoridades fiscales correspondientes en un determinado formato y lenguaje informático preestablecido.

Esta tarea exige manejar grandes cantidades de datos, que no siempre son finalmente enviados y que por tanto han de saber tratarse jurídica y tecnológicamente. Es preciso distinguir los datos exigidos por la normativa internacional, donde hallarlos y custodiarlos una vez obtenidos así como gestionar divergencias entre la información real recopilada, la aportada por el cliente y la deducida sobre sus posiciones en la IF.

Esa labor de exégesis y control constituye la razón de ser de la Unidades FATCA y CRS para que su trabajo sea eficiente.

Tras la recopilación, análisis y estudio de datos y su posterior envío no finaliza el proceso ya que esas Unidades deben continuar siendo el nexo de contacto entre clientes y Autoridades tributarias.

23. FATCA ha ido incorporando otros resortes menos visibles en aras de la suficiencia del sistema; un sistema controvertido con vocación de perdurabilidad cuya última ratio consiste en perseguir una fiscalidad más equitativa a través de una menor presión tributaria.

La disrupción de FATCA y CRS aporta a los ciudadanos un régimen de mayor transparencia y el cauce para la consecución de este propósito es, sin duda, la cooperación internacional y la comunicación entre jurisdicciones.

24. Fruto del mayor control financiero que suponen la adopción de las nuevas regulaciones se tiende a revisar el ámbito de la economía digital y la economía sumergida. Otros polos de atención están protagonizados por las planificaciones fiscales agresivas, el uso de sociedades interpuestas y la confrontación de los nuevos modelos tributarios (720 y 750) implantados por la Agencia Tributaria española en los últimos cinco años y especialmente sobre la tenencia de bienes y derechos en el extranjero (control patrimonial). El objetivo es ampliar la base imponible con especial atención a las transacciones habidas con territorios de baja o nula tributación y/o que empleen estructuras opacas con componente internacional, sin descuidar localizaciones ficticias de residentes fiscales en el extranjero. En suma, lucha contra la ocultación tributaria.

Respecto de la elusión fiscal de las multinacionales comienza a optimizarse el uso de la información sobre *tax rulings* e informes “País por País” efectivos desde 2018. Por consiguiente, el flujo de datos manejados por la Agencia Tributaria será cuantioso.

Desde 2017 con la aplicación de los Acuerdos BEPS (OCDE) se persiguen prácticas elusivas de las multinacionales y en particular se atiende a sus estructuras, la generación de gastos financieros o la atribución de beneficios a establecimientos permanentes en España por entidades no residentes y tributación de operaciones realizadas con residentes en paraísos fiscales.

25. Consideramos que, en la última década, la Comunidad Internacional (OCDE, G20, UE) enfoca acertadamente la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Se legisla en el último quinquenio coordinadamente y en diferentes ámbitos: la Prevención de Blanqueo de Capitales, el intercambio de información entre los Estados y el papel de las sociedades y personas jurídicas en el fraude. En este último campo los procedimientos jurídicos para localizar al titular real (según la nomenclatura PBC) o persona de control (según CRS) suponen un avance notable con intención clara: mayor transparencia en el mundo tributario y financiero, y por ende, en la sociedad en general.

26. Al respecto de la cooperación cercana entre Administraciones ninguna opción debería desaprovecharse ya que compartir experiencias y formas de trabajo es sumamente productivo en un entorno tan complejo y al mismo tiempo tan variado desde el punto de vista internacional. Por lo tanto, las nuevas legislaciones estudiadas

animan no solo a compartir información sino conocimientos sobre su mecanismo de obtención.

Otro gran pilar es el valor de los ejemplos y casos prácticos a los que los organismos reguladores se enfrentan. Valorar los ejemplos procedentes de la práctica real suele asegurar una mejor asimilación.

Tanto el Foro Global como el GAFI se comprometen a trabajar unidos y coordinados compartiendo información sobre titularidad real tratando de mejorar el contenido y exactitud de la misma.

Las actuaciones derivadas de Dialogo de Oslo son una buena muestra de la cooperación sobre fiscalidad y reforzamiento legal entre autoridades. La disponibilidad de los datos, la inmediatez de los mismos y sobre todo la finalidad de estos son los principios rectores de toda actuación combinada a cualquier nivel.

El diseño y puesta en funcionamiento de herramientas jurídicas y técnicas que permiten intercambiar no solo información de titular real sino datos de contribuyentes, no constituye estrictamente una novedad; sin embargo el impulso que se está dando a los mismos desde un enfoque multilateral, la alta participación y consenso acordados, nos hacen ser optimistas sobre el futuro en este ámbito; se ha iniciado un sólido camino y aunque el entorno sea inextricable, queda mucho por hacer, a juzgar por las cifras de fraude señaladas en diversos estudios internacionales que hemos analizado; nos hallamos indubitadamente en la senda correcta; adaptando la frase de Churchill, nunca tan pocos hicieron tanto en tan poco tiempo.

27. Nos encontramos en la era de la incertidumbre donde resurge el proteccionismo frente a la globalización, avanza el populismo y aumentan las desigualdades ante un debilitamiento del Estado social mientras el empleo se ve amenazado por la digitalización y la robótica.

El reto para los ciudadanos, empresas y gobiernos reside en potenciar inclusivamente las oportunidades procedentes de las nuevas tecnologías para lograr una mayor prosperidad. La disrupción tecnológica ha de convertirse en estímulo modernizador e integrador de nuestra sociedad contemporánea. Los raudos avances en el campo de las tecnofinanzas provocan cambios estructurales en el sector financiero internacional y significativamente en el europeo. La innovación propicia la

implantación de modelos de estandarización y homogeneización con mejor grado de revisión y control y por consiguiente mayor garantía de transparencia para el ciudadano-consumidor.

En este contexto, la UE debe consolidarse como un polo protector de los derechos y las libertades individuales. Precisamente la UE debe exigir a EEUU una lucha eficaz contra la evasión y la elusión fiscal. Y en esa exigencia EEUU tiene que proporcionar e intercambiar datos de no residentes con cuentas en su territorio o sociedades allí registradas. La colaboración debe ser bidireccional. En tal sentido, la Administración Tributaria española no ha comunicado, pese a las amplias restricciones legales sobre protección de datos, información alguna que confirme la obtención de estos a través de FATCA ni tampoco que tales datos hayan sido remitidos a España por parte del Autoridad norteamericana.

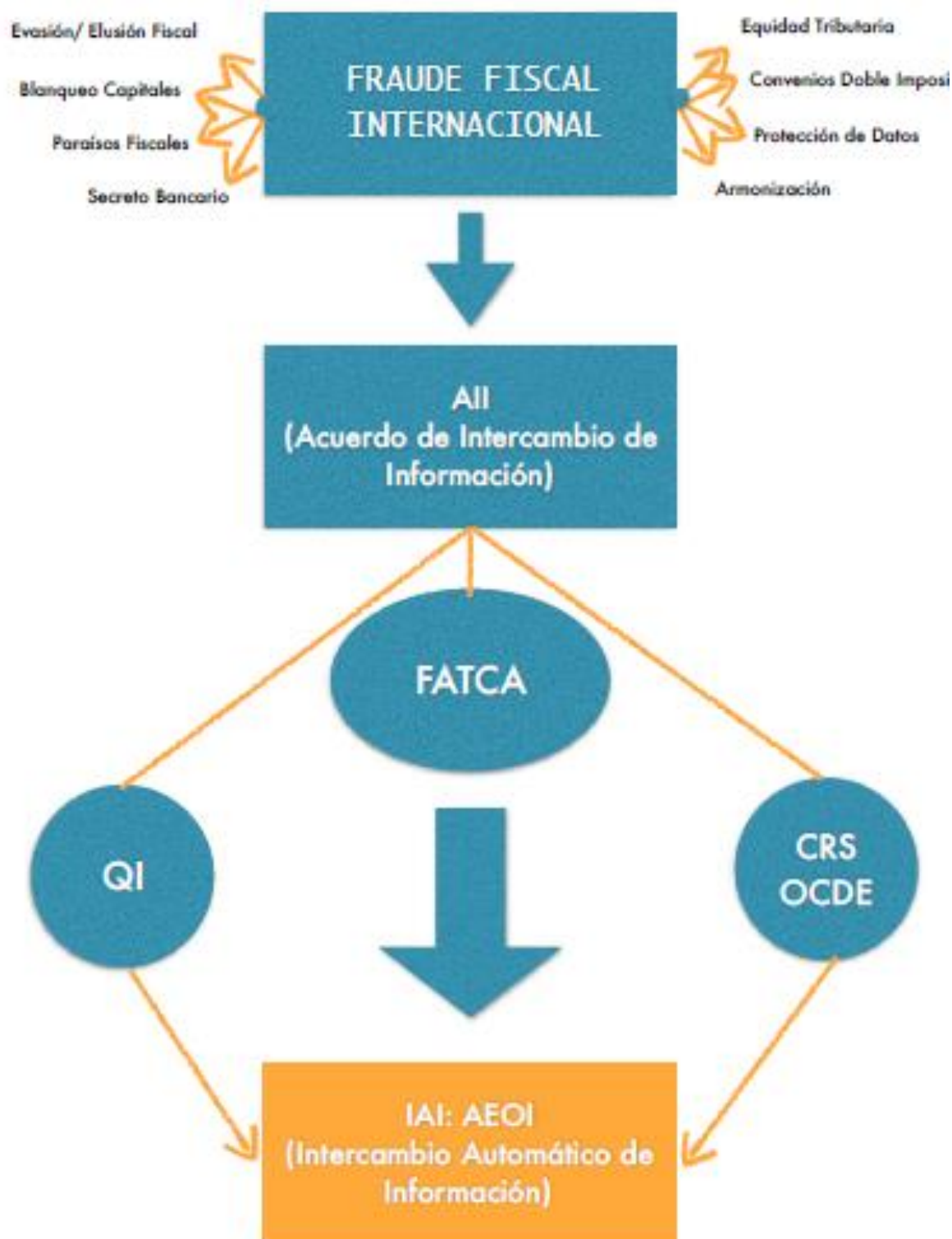
Puede preverse, hasta el límite de lo razonable, un inmediato papel predominante de la Autoridad Bancaria Europea (ABE) a la hora de coordinar las dos materias objeto supervisión: normativa prudencial y normas anti blanqueo. Así se dotará a su mandato de un carácter más explícito en detrimento de las autoridades nacionales que ahora se responsabilizan de la lucha contra el Blanqueo de Capitales. Un vector a considerar en tal sentido es la reutilización del conocimiento que sobre las propias Instituciones Financieras y su situación prudencial ya ostenta la propia ABE.

28. Las Órdenes ejecutivas firmadas por la presidencia norteamericana en febrero de 2017 apuntan a una desregulación del sector financiero si no a un desmantelamiento de la regulación impuesta por Basilea III (así como la Ley Dodd Frank, con su regla Volcker, en EEUU) y que hasta el momento había conjurado, tras la gran crisis financiera, los riesgos bancarios sistémicos del sector financiero mediante un consenso sin precedentes en el plano internacional. Limitar colapsos y operaciones financieras de riesgo no puede ser considerado un obstáculo al libre mercado ni a la competencia y menos aun cuando quien aspira a derribar esa regulación presenta una hoja de servicios en entidades como Goldman Sachs o Lehman Brothers.

En conclusión, un cierto endurecimiento de la regulación deviene imprescindible para paliar (y evitar) los desmanes cometidos en su día.

En esta línea argumental, la demanda social (y consecuentemente política para evitar la desafección) en materia de protección de inversores y clientes bancarios tiende al endurecimiento de la regulación esencial que demuestre la suficiencia del sistema.

29. La lucha contra el fraude fiscal supone un notable esfuerzo en el marco de una crisis internacional no solo económica sino social. Es preciso ganar ese combate.



Fuente: D. Coronas

BIBLIOGRAFÍA

A continuación exponemos la bibliografía esencial utilizada en la elaboración de esta Tesis Doctoral.

1. MANUALES Y OBRAS GENERALES

AYALA DE LA TORRE, J.M.: *Compliance*. Ed. Lefebvre, Colección Claves Prácticas, Madrid, 2016.

CALVO ORTEGA, R.: *Curso de Derecho Financiero, I Derecho Tributario, Parte General*. 12ª ed., Civitas 2009.

CORDÓN EZQUERRO, T. (Director): *Manual de Fiscalidad Internacional*. 3ªed. Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

EDUFINET: *Guía Financiera*. 5ª ed. Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2014.

FALCÓN Y TELLA R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*. 2º ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

FUENTES QUINTANA, E.: *Hacienda Pública, Principios y estructura de la imposición*. García Blanco, R. (impresor), Madrid, 1990.

GIMÉNEZ-REYNA, E. y RUIZ GALLUD, S. (Coordinadores): *El fraude fiscal en España*. Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

GÓMEZ ISA, F.: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Gómez Isa, F. (Director) y Pureza, JM., Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

KRUGMAN, P., WELLS, R. y GRADDY, K.: *Fundamentos de Economía*. Ed. Reverté, Barcelona, 2013.

PÉREZ ROYO, F.: *Curso de Derecho Tributario, Parte especial*. 7ª ed. Ed. Tecnos Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ CARRIÓN A.J.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 6ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 170-205.

2. LIBROS Y MONOGRAFÍAS

ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J.A.: *Porque fracasan los países*. Ed. Deusto, 2014.

ADAME MARTÍNEZ, F. (Director): *Armonización, coordinación fiscal y lucha contra el fraude*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.

ALMUDÍ CID, J.M.: *La normativa contra la elusión fiscal internacional en los Estados Unidos* en Soler Roch, M.T. y Serrano Antón, F. (Directores), Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.

ANALISTAS FINANCIEROS INTERNACIONALES (AFI): *Guía de Fiscalidad y comercio exterior*. Madrid, 2014.

APARICIO PÉREZ, A.: *Ética fiscal y Jurisprudencia* en Álvarez García S. y Herrera Molina, P. (Coordinadores), Documentos 10/04, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

ARESPACOCCHAGA LLOPIZ, J.: *La planificación fiscal internacional*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

BBVA: *La Era de la perplejidad: Repensar el mundo que conocíamos*. Ed. Taurus, Madrid, 2018.

BERNANKE, B.: *Mis años en la Reserva Federal, un análisis de la FED y las crisis financieras*. Ed. Deusto, 2013.

BURKE, E. : *Textos políticos*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

BUSTAMANTE ESQUIVAS, M.D.: *Intercambio de Información Internacional*. Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

CALDERÓN CARRERO, J.M.: *Comentarios al artículo 7*, en Ruiz García, J. R. y Calderón Carrero, J.M. Manuel (Coordinadores): Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y la jurisprudencia española). Fundación Pedro Barrié de la Maza, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, La Coruña, 2004.

COLLADO YURRITA, M.A. y PATÓN GARCÍA, G.: *Las fuentes del Derecho Tributario Internacional*. Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

COLLADO YURRITA, M.A. y MORENO GONZÁLEZ S. (Coordinadores): *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*. Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 83, 162 y 236.

COLLINS MH.: *Evasion and avoidance of tax at the international level*. International Bureau of Fiscal Documentation, European Taxation, 1989.

CHIESA DI NEGRI, C.: *Vender es mucho más*. Ed. Urano, Barcelona, 2007.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*. Ed. Bosch, 2ª edición, 2016.

CHOMSKY, N.: *Los nuevos intelectuales*. Ed. Península, 2006.

-- *Perspectivas sobre el poder*. Ed. El Roure, 2001.

CORTINA ORTS, A.: *Neuroética y Neuropolítica*. Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

COSÍN OCHAÍTA, R.: *Medidas unilaterales españolas para evitar la doble imposición internacional*. Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

CRUZ PADIAL, I.: *Transparencia fiscal internacional, régimen general de interrelación con los Convenios de Doble Imposición*. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

DEL CAMPO AZPIAZU, C.: *Modelos, fines, estructura e interpretación y calificación de los CDI*. Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

FALCIANI, H. y MINCUZZI, A.: *La caja fuerte de los evasores*. Ed. La Esfera de los Libros, Madrid, 2015.

FERGUSON, N.: *The cash nexus, money and the power in the modern world, 1700-2001*. Ed. Penguin, 2002.

-- *Civilización. Occidente y el resto*. Ed. Debate, Barcelona, 2012.

-- *El triunfo del dinero*. Ed. Debate, Barcelona, 2013.

FERNÁNDEZ BLANCO, V. y PRIETO RODRÍGUEZ, J. : *Ética y mercado en Adam Smith*. Álvarez García S. y Herrera Molina, P. (Coordinadores), Documentos 10/04, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ MARÍN, F.: *El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado en la Unión Europea*. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

FERRE NAVARRETE, M.: *Los paraísos fiscales y las medidas anti-paraíso*. Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

GALBRAITH, J.K.: *La economía del fraude inocente*. Ed. Critica, Barcelona, 2004.

-- *El dinero, de donde vino y a donde fue*. Ed. Ariel, Barcelona, 2014.

GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial*. Ed. Trotta, Madrid, 2004.

GARCÍA PRATS, A.: *Los nuevos estándares internacionales de intercambio de información: FATCA o el fin del secreto bancario*. Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, García Prats, A.F. (Director), Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 2014.

GARICANO, L.: *El dilema de España*. Ed. Península, Barcelona, 2014.

GIL SORIANO, A.: *Las amenazas de la Foreign Account Tax Compliance Act estadounidense*. Tribuna Fiscal, núm.257, 2012.

-- *La lucha contra el fraude fiscal comunitario: nuevas perspectivas, La Olaf*. Medidas y procedimientos contra el fraude fiscal, Hinojosa Torralvo, J.J. (Director), Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 378-386.

GIMENO BEVIÁ, J.: *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi, 2016.

GOODHART, D.: *The road to somewhere*. Ed. Penguin, 2017.

GUTIÉRREZ DE PABLO, G.: *Análisis jurídico de los paraísos fiscales y medidas para evitar sus efectos*. Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, 2015.

HARTFORD, T.: *El economista camuflado*. Ed. Temas de hoy, Madrid, 2008.

-- *El economista camuflado ataca de nuevo*. Ed. Conecta, Barcelona, 2014.

HERRERA MOLINA, P.: *Aproximación a la ética*. Ed. IEF, Madrid, 2004.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*. Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

HINOJOSA TORRALVO, J.J.: *El fraude fiscal: una lucha de contrastes*. Medidas y procedimientos contra el fraude fiscal, Hinojosa Torralvo J.J. (Director), Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción*. Ed. Comares, Granada, 2015.

JUANCES PECES, A. (Director): *Compliance Penal*. Ed. Lefebvre, Madrid, 2017.

KEYNES, J. M.: *Las consecuencias económicas de la paz*. Ed. Critica, Barcelona, 1987.

KUKATHAS, CH. y PETTIT, Ph.: *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*. Ed. Tecnos, Madrid 2004.

KUSAK, M: *The standards for Protection of financial Information gathered within EU-US Cooperation in criminal matters. An outline of the existing legal framework and new initiatives in personal data protection*. Spanish Year Book International Law, ISSN: 2211-6125, Vol. 19, Investigadora de la Universidad Adam Mickiewicz, Poznan, 2015, pp. 235-242.

LASALLE RUIZ, J.M.: *Liberales, compromiso cívico con la virtud*. Ed. Debate, Barcelona, 2010.

LESERVOISIER, L.: *Les paradis fiscaux*. Presses universitaires de France, Paris, 1990.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: *El Brexit más cerca: Escenarios posibles y las consecuencias para la economía española*. Temas de Actualidad en el crédito al consumo. ASNEF, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, junio, 2018, pp.51-85.

LUCAS DURÁN, M. y DEL BLANCO GARCÍA, A. (Directores): *Residencia y establecimiento permanente como puntos de conexión en la fiscalidad internacional: reflexiones y propuestas de futuro*. Documentos de Trabajo 3/2018, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018.

MAALOUF, A: *El desajuste del mundo*. Ed. Alianza, Madrid, 2009.

MACHANCOSSES, E: *La transposición de la Directiva 2011/16/UE en la LGT, en particular el intercambio de información previa solicitud*. Intercambio de Información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, Gracia Prats, A.F. (Director), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

MAKARENKO, T.: *The crime-terror nexus*. Ed. C. Hurst&Co, London, 2004.

MARCO AURELIO: *Meditaciones*. Ed. RBA, Barcelona, 2007.

MARTÍN ABRIL y CALVO, D.: *Obligaciones Formales y Gestión Tributaria de los no residentes*. Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

MARTÍN QUERALT, J.: *Delito fiscal y delito de blanqueo de capitales*. Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, García Prats, A.F. (Director), IEF, Madrid, 2014.

MARTÍNEZ GARCÍA, J.I.: *La teoría de la justicia en John Rawls*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

MARTÍNEZ GINER, L.A.: *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*. Ed. Iustel, Madrid, 2008.

-- *El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK*. Quincena Fiscal, núm. 19 (BIB2012/3095), 2012.

-- *Lucha contra el fraude fiscal, buena gobernanza e intercambio de información en la UE*. Intercambio de Información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, García Prats, A.F., (Director), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

MIGUEL (DE) ARIAS, S.: *Algunos aspectos problemáticos de la protección jurídica de los obligados tributarios antes los requerimientos de información en la Unión Europea*. Intercambio de información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, García Prats, A.F., (Director), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

MILANOVIC, B.: *Desigualdad mundial. Un nuevo enfoque para la era de la globalización*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

MILL, J.S.: *Principios de economía política, con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*. Ed. Fondo de Cultura económica, México, 1978.

-- *El utilitarismo*. Ed. Alianza, Madrid, 2014.

-- *Sobre la libertad*. Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

MUÑOZ MOLINA, A.: *Todo lo que era sólido*. Ed. Seix Barral, Barcelona, 2013.

MURPHY, R.: *The Courageous State*. Ed. Searching Finance, London, 2011.

NEUMARK, F.: *Principios de la Imposición*. Ed. IEF, Madrid, 1994.

PANERO FERNÁNDEZ, R.: *Política europea contra el fraude y la corrupción*. Trabajo Final de Grado, Universidad de León, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 29 de junio de 2017.

PEDROSA LÓPEZ, J.C.: *FATCA como límite a las planificaciones fiscales agresivas, especial referencia a los instrumentos híbridos*. Intercambio de Información, Blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, García Prats A.F., (Director), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

PÉRAMO, J.: *Paraísos fiscales, riqueza offshore y evasión fiscal. Una estimación para España (1980-2013)*. Papeles de Europa, vol. 29, núm. 1, pp.1-30, 2016.

PIETRO (DI), A.: *Armonización y coordinación fiscal en la Union Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010.

PIKETTY, T.: *El capital en el siglo XXI*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 2014.

PINKER, S.: *En defensa de la Ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*. Ed. Paidós, Barcelona, 2018.

PLATÓN: *La República*. Ed. Alianza, Madrid, 2013.

POGEE, T. y MEHTA, K. (Eds.): *Global Tax Fairness*. Oxford University Press, 2016.

PUJALS, E.: *El pensamiento político de Edmund Burke*. Ed. Ateneo, Madrid, 1954.

RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

REINARES NESTARES, F.: *Terrorismo global*. Ed. Taurus, Madrid, 2003.

ROMERO FLOR, L.M.: *Las diferentes etapas normativas del intercambio de información entre Administraciones Tributarias*. Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal, García Prats, A.F. (Director), Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

SANDEL, M.J.: *Lo que el dinero no puede comprar: Los límites morales del mercado*. Ed. Debate, Barcelona, 2013.

SEN, A.: *On ethics and economics*. Basil Blackwell Ltd., Oxford, 1987.

-- *Ética de la empresa y desarrollo económico* en Cortina, A. (Ed.) "Construir confianza" Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 39-45.

SÉNECA, L.A.: *Los siete libros de la sabiduría*. Ed. Edicomunicación, Barcelona, 2013.

SHAXON N.: *Treasure Islands, Tax havens and the men who stole the world*. Vintage Books, London, 2011.

SMITH, A.: *La teoría de los sentimientos morales*. Ed. Alianza, Madrid, 1997.

-- *La riqueza de las naciones*. Ed. Herder, 2018.

STIGLITZ, J.: *La economía del sector público*. Ed. Antoni Bosch, Barcelona, 2003.

TANZI, V.: *Globalization, tax systems and the architecture of the global economics system*. Taxation and Latin American Integration, Tanzi,V., Barreix, A., Villela, L. (Eds.), capítulo 13, IDB, Harvard University, 2008.

THOUREAU, H.D.: *La desobediencia civil*. Ed. J.J. Olañeta, 2011.

TIPKE, K: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

VALLEJO CHAMORRO, J.M.: *La competencia fiscal*. Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

WOLF, M.: *La gran crisis, cambios y consecuencias*. Ed. Deusto, 2015.

ZUCMAN, G.: *La riqueza oculta de las naciones. Investigación sobre los paraísos fiscales*. Ed. Pasado y Presente, Barcelona, 2014.

3. ARTÍCULOS DE REVISTAS CIENTÍFICAS.

ÁLVAREZ GARCÍA, S.: “La ética en la doctrina de la Hacienda Pública” *Ética Fiscal*, Doc. Núm. 10/04, Ed. IEF, Madrid, 2004.

BARBÉ DURÁN, L.: “Influencia y resonancia de la obra de F.Y. Edgeworth” *Cuadernos de economía*, Spanish Journal of Economics and Finance, 2007, Vol.30 (83), pp.5-26.

BAUMANN, U. y GLOE DIZIOLI, A.: “El impacto macroeconómico de la reforma fiscal en Estados Unidos”, *Boletín Económico* núm. 1/2018, Banco de España, 2018.

BIRKINSHAW, P.: “Transparency as a Human Right” en *Transparency, the key to a better Governance?* HOOD, C. & HEALD, D. (Eds.), Oxford University Press, 2006.

BUSTAMANTE ESQUIVAS, MD: “Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (impuestos directos e IVA)” *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 23, 2002.

CAAMAÑO ANIDO, M.A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: “Globalización económica y poder tributario. ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 114, 2002, pp. 179-209.

CAVANAUGH, M.B.: “Democracy, Equality and Taxes”, *Alabama Law Review* num. 54, 2003, pp 415-481.

CALDERÓN CARRERO, J.M.: “El intercambio de información entre Administraciones tributarias como mecanismo de control del fraude fiscal internacional”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 258, 2000, pp.796 y797.

-- “Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales* núm. 16, Madrid, 2001.

-- “Hacia una nueva era de cooperación fiscal europea: las Directivas 2010/24/UE y 2011/16/UE de asistencia en la recaudación y de cooperación administrativa en materia fiscal”, *Revista de Contabilidad y Tributación* núm. 343, 2011.

CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.: “Las normas anti paraíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales* núm. 11/04, Madrid, 2004, pp. 9 y 10.

CALDUCH CERVERA, R.: “La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIII, 2001, pp. 173-202.

CARBAJO VASCO, D.: “Últimas tendencias en fiscalidad: BEPS e intercambio automático de información”, *Boletín Foro Fiscal Iberoamericano*, 2º semestre de 2014.

-- “Objetivos y medidas en la lucha contra el fraude fiscal desde una perspectiva internacional” en *Ekonomiaz* núm. 88, 2º semestre, 2015, disponible en <http://www.euskadi.eus/web01-2reveko/es/k86aEkonomiazWar/ekonomiaz/downloadPDF?R01HNoPortal=true&idpubl=84®istro=10> (último acceso 16-4-19).

CODER, J.: “The dark side of Tax Information Exchange”, *Tax Notes International*, 10-6-13.

CONNIFFE, D.: “From Ethics to Economics: F.Y. Edgeworth, 1845-1926”, en *History Ireland*, 1 November 2010, Vol. 18(6), pp.30-33.

CORONAS VALLE, D.: “El control fiscal internacional de cuentas bancarias de ciudadanos estadounidenses”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 234, junio 2013. Fundación de las Cajas de Ahorros, FUNCAS, Madrid, 2013.

-- “El Acuerdo FATCA en España y el panorama internacional actual.” *Revista Extoikos*, núm. 12, febrero, 2014.

-- “FATCA: La información (contra el fraude fiscal) es poder...más que nunca”. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* del Ministerio de Defensa, Documento de Opinión, núm. 85, 2014.

-- “CRS o el imparable Big Bang en el ámbito intercambio automático de información tributaria”. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* del Ministerio de Defensa, noviembre, 2015.

-- “A propósito de los “Papeles de Panamá”: FATCA y CRS (report or die)” en <http://todosonfinanzas.blogspot.com.es/2016/04/a-proposito-de-los-papeles-de-panama.html?sref=tw>, 9-4-16.

-- “La lucha contra el fraude y la evasión fiscal en América y Europa: Perspectiva desde las dos orillas.” *Revista Transatlantic Studies Network*, núm. 2, Universidad de Málaga, agosto, 2016.

-- “El Acuerdo CETA entre la UE y Canadá: Realidades y Reflexiones.” *Revista Transatlantic Studies Network*, núm. 5, Universidad de Málaga, junio, 2018.

-- “Los nuevos estándares sobre transparencia tributaria entre las jurisdicciones. Hacia una cooperación internacional más eficaz.” *Revista Carta Tributaria* núm. 43. Ed. Wolters Kluwer, octubre, 2018.

-- “La nueva figura del informante protegido en la legislación europea: Evolución y desafíos; Canales de Denuncia, Cumplimiento Normativo e Instituciones Financieras.” *Revista La Ley Mercantil*, Ed. Wolters Kluwer, núm. 52, noviembre, 2018.

-- “Consideraciones/Reflexiones sobre los avances europeos en cooperación internacional e intercambio automático de información tributaria: Presente y futuro de FATCA y CRS.” *Revista Aranzadi Doctrinal*, Ed. Thomson Reuters, núm. 11, diciembre, 2018.

-- “Avances en materia de cooperación internacional, lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El estado del arte en 2018.” *Revista Carta Tributaria* núm. 49, Ed. Wolters Kluwer, abril, 2019.

CORTINA ORTS, A.: “Ética de la empresa y desarrollo económico” en Cortina A. (Ed.) “Construir confianza”, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 41-43.

-- “Aprendiendo de la crisis. Una lectura ética” en Costas, A. (Coordinador) “La crisis de 2008. De la economía a la política y más allá”. Fundación Cajamar, 2010, pp.199-214.

-- “Una ética necesaria para construir verdaderas empresas y sociedades justas”. Conferencia pronunciada en su nombramiento como Doctora Honoris Causa por la Universidad Politécnica de Cartagena, 27-1-12.

CRUZ AMORÓS, M.: “El intercambio de información y el fraude fiscal”, *Información Comercial Española* núm. 825, 2005.

DANDURAND, Y. y CHIN, V.: “Links between terrorism and other forms of crime”, *International Centre for Criminal Law reform and criminal justice policy*, Vancouver, 2004.

ERAD, B. y FEINSTEIN, J.: “The role of a moral sentiments and audit perceptions in tax compliance”, *Carleton Industrial Organization Research Unit*, 1994.

ESCRIBANO UBEDA-PORTUGUES, J.: “Nuevos avances y retos en la lucha contra el terrorismo” *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, junio, 2009.

GARCÍA PÉREZ, J.A.: “Actividad financiera societaria offshore tras la desaparición forma de los paraísos fiscales”, *Cuadernos de formación*, Colaboración 4/11, Volumen 12/2011, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2011.

GARCÍA PRATS, A.F.: “Cooperación administrativa internacional en materia tributaria. Derecho tributario global.” *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm.3/2007, Madrid, pp.3-19.

GIARRIZZO, V. y SIVORI, JS: “La inconsistencia de la moral tributaria. El caso de los moralistas evasores”. *Pecunia 10*, Universidad de Buenos Aires, 2010, pp.95-124.

GIL SORIANO, A: “Las amenazas de la Foreign Account Tax Compliance Act estadounidense”, *Tribuna Fiscal*, núm. 257.

GIMENO BEVÍA, J.: “De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (*whistleblower vs. bounty hunter*)”, *Diario La Ley*, Ed. Wolters Kluwer, núm.9139, Sección Tribuna, 14 de febrero de 2018.

GONZÁLEZ MOTA, E. y MARQUES SEVILLANO, J.M.: “Dodd- Frank Wall Street Reform: un cambio profundo en el sistema financiero de Estados Unidos”, *Estabilidad Financiera*, núm. 19, Banco de España, 2010.

GRAETZ, M.J.and GRINBERG, I.: “Taxing Foreign Portfolio Investment Income” 56, *Tax Law Review*, 2003, pp.538, 579-85.

GRINBERG, I.: “The Battle over taxing offshore Accounts”, *UCLA Law Review*, num. 304, 2012, disponible en www.uclalawreview.org/pdf/60-2-1.pdf

-- “Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System, disponible en www.scholarship.law.georgetown.edu, 2012.

-- “*Building Institutions for a Globalized World: Automatic Information Exchange*” en *Global tax fairness*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2016.

GUPTA, S., DAVOODI, H. y ALONSO-TERME, R.: “Does corruption affect income inequality and poverty?” en *Economics of Governance*, 3(1), 2002, pp. 23-45.

HATTEN-BOYD, L.: “FATCA: Will this penal withholding regime have its intended effect?” en *International Tax Journal*, July-August, 2010.

LAGO PEÑAS, S.: “La consolidación fiscal en curso: entre los riesgos de incumplimiento y los retos pendientes”. *Cuadernos de Información Económica*, núm. 264, mayo-junio, FUNCAS, Madrid, 2018.

LÓPEZ CALVO, J.: “Un Reglamento poliédrico que necesita un acercamiento poliédrico” en *Diario La Ley*, núm.17, Sección Ciberderecho, Ed. Wolters Kluwer, 3-5-18.

LÓPEZ GARRIDO, D. :(Grupo Parlamentario Socialista), *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, Comisiones Mixtas, número 62, Madrid, 16-5-13, p.7.

MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A.: “Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales” *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 1/02, p.5, Madrid, 2002.

MALHERBE, J., TELLO, C.P., GRAU RUIZ, M.A.: “La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP”. *Instituto colombiano de Derecho Tributario*, Bogotá, 2015, pp. 154-158.

MARTÍN MORATA, B.: “Los acuerdos de Intercambio de Información”, *Escuela de Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ GINER, L.A.: “El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK”, *Quincena Fiscal* núm. 19, BIB 2012/3095.

MARTÍNEZ-VÁZQUEZ, J. y TORGLER, B.: “*Social Institutions and tax effort in developing countries*” CREMA working paper N.21, 2004.

MARTOS BELMONTE, P.: “El nuevo estándar global de intercambio automático de información sobre cuentas financieras de la OCDE: estructura y funcionamiento. Aplicación del mismo en la UE: Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014” en *Crónica Tributaria* núm. 159/2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, pp.103-130.

-- “FATCA, un hito en la lucha contra la evasión fiscal a nivel internacional y la base del nuevo modelo de intercambio automático de información fiscal”, *Crónica Tributaria*, núm. 155/2015, Madrid, 2015, pp.133-155.

MENDOZA LÓPEZ, D.T.: “La lucha del derecho internacional tributario contra la planeación fiscal agresiva”, *Anuario mexicano de Derecho internacional*, vol. 16, México, ene/dic. 2016.

MERINO ESPINOSA, M.P y NOCETE CORREA, F.J.: “El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español”. *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 6/2011, Madrid, 2011.

-- “El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses”. *Crónica Tributaria*, núm.139, 2011.

MÖLLERS, THOMAS, M.J.: “Creating Standards in a Global Financial Market-The Sarbanes-Oxley Act and other activities: What Europeans and Americans could and should learn from each other”, en *European Company and Financial Law Review*, 2/2007, pp.173 y ss.

MORENO GONZÁLEZ, S.: “Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria: Hacia un mayor y más efectivo intercambio automático de información”, *Crónica Tributaria* núm. 146/2013, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013, pp.193-221.

MURPHY, R.: “Fiscal Paradise or tax on development?”. *Tax Justice Network*, 2006, en http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Fiscal_paradise.pdf.

MUSGRAVE, R.: “Clarifying tax reform”, 70 *Tax notes*, 5 Feb. 1996.

NEUMARK, F.: “Principios de la imposición”, *Ed. Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, 1974, pp.406 y ss.

NOCETE CORREA, F.J.: “Ilusión fiscal y economía digital: ¿hacia una planificación normativa agresiva?” *Carta Tributaria*, núm. 43, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, octubre, 2018.

OBBERSON, X.: “Agreements between Switzerland and UE on Taxation of Savings- A Balanced Compromis Helvetique” *BIFD*, 3/2005, pp.108-115.

PASTOR PALOMAR, A.: “La solución de controversias de doble imposición en España: una práctica convencional peculiar encaminada al arbitraje.”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/01, enero-junio 2018, pp.261-284.

PASSAS, N. y GIMÉNEZ SALINAS, A.: “La financiación del terrorismo de Al Qaeda: Mitos y Realidades”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 19, 2007, pp. 493-521.

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J.J.: “Fiscalidad de los trusts y de los seguros de vida.” *Carta Tributaria*, núm. 43, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, octubre, 2018.

REMIRO BROTONS, A.: “Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden”. *Revista Española de Derecho Internacional*, núms. 1 y 2, 2001, pp. 125 y ss.

RING, D.M: “Intercambio de información” *United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries*, New York, 2013, disponible en http://works.bepress.com/diane_ring/83/.

ROSS, M.L.: “Does oil hinder Democracy?” *53 World Politics*, 2001, pp.325-361.

RUIBAL PEREIRA, L.: “Experiencia internacional sobre medidas de reorganización de las Administraciones Tributarias en la lucha contra el fraude fiscal”, *Crónica Tributaria* núm. 134, 2010, pp. 144 y ss.

SÁNCHEZ LÓPEZ, M^a. E.: “La transmisión automática de información. ¿Hacia un estándar global de intercambio de información?” *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 11, Bogotá, 2016, pp.165-182.

SANDERSON, TM.: “Transnational terror and organized crime: blurring the lines”, *SAIS Review XXIV*, núm. 1, Winter /Spring, 2004, pp. 49-61.

SCHNEIDER, F., RACZKOWSKI, K., MROZ, B., (2015), : “Shadow economy and tax evasion in the EU”. *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 18 Iss 1, 2015, pp. 34-51.

SPENCER, D.: “FATCA: progress towards automatic information Exchange”, en *Tax Justice Network blog*, 2-3-12, disponible en <http://taxjusticeblogspot.com/2012/03/factaprogress-towards-automatic.html>.

SERRANO ANTÓN, F.: “El informe sobre erosión de las bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado”, *Derecho PUCP*, vol.72, 2014, pp-45-70.

TANZI, V.: “Corruption around the world: causes, consequences, cope and cures.” *Staff papers*, International Monetary Fund, 1998, pp. 559-594.

-- “Sistemas Fiscales en la OCDE: Evolución reciente, competencia y convergencia.” *Papeles de Economía Española*, núm. 125/126, FUNCAS, Madrid, 2010.

TORGLER, B.: “Beyond punishment: a tax compliance experiment with taxpayer in Costa Rica”, *Revista de Análisis Económico* núm. 18, 2003 y “Tax Compliance and tax moral: a theoretical and empirical analysis”, *Edward Elgar Publishing*, 2007.

TORGLER, B. y MARTÍNEZ, J.: “The evolution of tax moral in modern Spain”, Georgia State University: *Andrew Young School of Policy Studies*, 2005.

VALLE SÁNCHEZ, V.: Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la UNED, Madrid, 28-2-2013.

VARA, J.: “Transatlantic counterterrorism cooperation agreements on the transfer of personal data” en *A Transatlantic Community of Law: Legal Perspectives on the Relationship between the EU and the US Legal Orders*, Fahey, E. & Curtin D. (Eds.), *Cambridge University Press*, 2014, pp.256-288.

WILLIAMS, P. y SAVONA, E.: “Introduction: problems and dangers posed by organized crime in the various regions of the world.” *Transnational Organized Crime*, vol. 1, núm. 3, 1995.

ZAPATA GARCÍA, M.P.: “Lucha contra el fraude fiscal: ¿Cualquier medio es válido? Modelo 720 y la vulneración del Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos* N° 71, enero-junio, 2018, pp.339-350.

4. FUENTES DOCUMENTALES.

4.1 Tratados Internacionales

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945): art. 38.1.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena (1988).

Convención de NU sobre financiación del terrorismo (1999).

Swift Agreement: DO L 8 de 13 de octubre de 2010.

Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, DO C 83 de 30 de marzo de 2010.

Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), DO C 326 de 26 de octubre de 2012.

Acuerdo entre Autoridades Competentes sobre Intercambio automático de información de cuentas financieras, realizado en Berlín el 29 de octubre de 2014, BOE núm.193 de 13 de agosto de 2015.

Acuerdo administrativo entre la Autoridad competente del Reino de España y la de Estados Unidos de America para el intercambio de informes país por país, adoptado en San Marino y Madrid el 13 y el 19 de diciembre de 2017, BOE núm.313 de 26 de diciembre de 2017.

4.2 Normas y Actos jurídicos.

4.2.1 Nacionales

Constitución Española de 1978. BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

Ley 24/1998 de 28 de julio del Mercado de Valores: art. 108. BOE núm.181 de 29 de julio de 1988.

Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). BOE núm.298 de 14 de diciembre de 1999.

Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria: art.7, art. 40, art. 41, art. 43, art. 93, art. 94, art.95, art. 134, art. 147, art. 177, art. 199, art.204. BOE núm. 302 de 18 de diciembre de 2003.

Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. BOE núm. 213 de 5 de septiembre de 2007.

Ley 7/2012 de 29 de octubre de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude. BOE núm. 261 de 30 de octubre de 2012.

Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre, por el que se adaptan las normas de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a la normativa comunitaria e internacional en materia de asistencia mutua, se establecen obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y se modifica el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, aprobado por Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre. BOE núm. 283 de 24 de noviembre de 2012.

Resolución de 13 de marzo de 2013, de la Presidencia de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por la que se modifica la del 24 de marzo de 1992 sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria. BOE núm. 64 de 15 de marzo de 2013.

Real Decreto 410/2014, de 6 de junio, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, y el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. BOE núm. 138 de 7 de junio de 2014.

Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, modelo 290. BOE núm. 160 de 2 de julio de 2014.

Orden HAP/2487/2014, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, por la que se aprueban los modelos de autoliquidación 210, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que

deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente y el gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación y otras normas referentes a la tributación de no residentes, y otras normas tributarias. BOE núm.316 de 31 de diciembre de 2014.

Ley 34/2015 de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. BOE núm. 227 de 22 de septiembre de 2015.

Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre, por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua. BOE núm. 275 de 17 de noviembre de 2015.

Orden HAP/2783/2015, de 21 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 151 de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para contribuyentes del régimen especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español, así como el modelo 149 de comunicación para el ejercicio de la opción por tributar por dicho régimen, y se modifican la Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, modelo 290, y otra normativa tributaria. BOE núm. 306 de 23 de diciembre de 2015.

Orden HAP/871/2016 de 6 de junio, mediante la que se aprueban los modelos (Mod. 200) de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español del periodo impositivo 2015. BOE núm. 137 de 7 de junio de 2016.

Orden HAP/1695/2016, de 25 de octubre, por la que se aprueba el modelo 289, de declaración informativa anual de cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua y por la que se modifican otras normas tributarias. BOE núm. 260 de 27 de octubre de 2016.

Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social. BOE núm. 292 de 3 de diciembre de 2016.

Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Real Decreto 1676/2009, de 13 de noviembre, por el que se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente. BOE núm. 317 de 30 de diciembre de 2017.

Orden HFP/1308/2017, de 29 de diciembre, por la que se modifican la Orden EHA/3514/2009, de 29 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 181 de

declaración informativa de préstamos y créditos, y operaciones financieras relacionadas con bienes inmuebles, la Orden HAP/1608/2014, de 4 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 187, de declaración informativa de acciones o participaciones representativas del capital o del patrimonio de las instituciones de inversión colectiva, la Orden de 17 de noviembre de 1999 por la que se aprueban los modelos 128 de declaración-documento de ingreso y los modelos 188 del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes, en relación con las rentas o rendimientos de capital mobiliario procedentes de operaciones de capitalización y de contratos de seguro de vida o invalidez, la Orden EHA/3377/2011, de 1 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 193 de resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta sobre determinados rendimientos del capital mobiliario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre determinadas rentas del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, correspondiente a establecimientos permanentes, la Orden EHA/3895/2004, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el modelo 198, de declaración anual de operaciones con activos financieros y otros valores mobiliarios, y la Orden HAP/1695/2016, de 25 de octubre, por la que se aprueba el modelo 289, de declaración informativa anual de cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua, y por la que se modifican otras normas tributarias. BOE núm. 317 de 30 de diciembre de 2017.

Órdenes JUS/318 y 319 de 21 de marzo de 2018, BOE núm.75 de 27 de marzo de 2018.

Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018.

4.2.2. Internacionales

Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos. Diario Oficial nº L 336 de 27/12/1977.

Directiva 85/611/CEE de 20 de diciembre de 1985 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM). DO nº L 375 de 31/12/1985.

Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia derogada por Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. DO nº L 180 de 13/07/1990.

Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros. DO nº L 225 de 20/08/1990.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DO nº L 281 de 23/11/1995.

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. DO nº L 201 de 31/07/2002.

Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 junio de 2003 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. DO nº L 157 de 26/6/2003.

Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. DO nº L 309 de 25/11/05.

Directiva 2006/70/CE de la Comisión de 1 de agosto de 2006 por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada. DO nº L 214 de 4/8/06.

Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE. DO nº L 64 de 11/3/11.

Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros. DO nº L 345 de 29/12/11.

Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre sobre armonización de requisitos de transparencia relativos a la información sobre emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado. DO nº L 294 de 6/11/13.

Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de investigación en materia penal. DO nº L 130 de 1/5/14.

Directiva 2014/48/UE del Consejo, de 24 de marzo de 2014, por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. DO nº L 111 de 15 de abril de 2014.

Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. DO nº L 219 de 25/7/14.

Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad. DO nº L 359 de 16/12/14.

Directiva (UE) 2015/2376 del Consejo, de 8 de diciembre de 2015, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. DO nº L 332 de 18/12/15.

Directiva (UE) 2015/2060 del Consejo, de 10 de noviembre de 2015, por la que se deroga la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. DO nº L 301 de 18/11/15.

Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión. DO n° L 141 de 5/6/15.

Directiva 2016/680 de 27 de abril sobre protección de datos de personas físicas respecto del tratamiento de datos personal por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales. DO n° L 119 de 4/5/16.

Directiva 2016/681 de 27 de abril relativa a la utilización de datos del registro de nombres de pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y delincuencia grave. DO n° L 119 de 4/5/16.

Directiva (UE) 2016/881 del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. DO n° L 146 de 3/6/16.

Directiva 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. DO n° L 194 de 19/7/16.

Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. DO n° L 193 de 19/7/16.

Directiva 2018/822 del Consejo de 25 de mayo de 2018 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. DO n° L 139 de 5/6/18.

Directiva 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. DO n° L 156 de 19/6/18.

Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. DO n° L 8 de 12/1/01.

Reglamento (UE) 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión n° 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. DO n° L 316 de 14/11/12.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. DO nº L 119 de 4/5/16.

Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) (COM (2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

4.3 Comunicaciones, Informes y Manuales.

4.3.1 Comunicaciones.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la protección de la privacidad en un mundo interconectado: COM (2012) 9 FINAL de 25 de enero de 2012.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión también en relación con terceros países: COM (2012) 351 FINAL de 27 de junio de 2012.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal: COM (2012) 722 FINAL de 6 de diciembre de 2012.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo; Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la UE: cinco ámbitos de actuación fundamentales: COM (2015) 302 FINAL, de 17 de junio de 2015.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre medidas adicionales encaminadas al refuerzo de la transparencia y a la lucha contra la evasión y elusión fiscales: COM (2016) 451 FINAL de 5 de julio de 2016.

Planes de Control de la AEAT 2013-2018.

Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso a la información por parte de las autoridades tributarias contra el blanqueo de capitales: COM (2016) 452 FINAL de 5 de julio de 2016.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión 2018/0106 COD de 23 de abril de 2018.

4.3.2 Informes.

Tribunal Europeo de Cuentas: “*Annual Report concerning the financial year 1978 accompanied by the replies of the institutions*”, DO nº C 326 de 31 de diciembre de

1979, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:1979:326:TOC> (último acceso 8-11-19).

GORDON, R.A.: “*Tax havens and their use by United States taxpayers: an overview; a report to the Commissioner of Internal Revenue, the Assistant Attorney General (Tax Division) and the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy)*”, 12th of January, 1981.

FMI: *International Monetary Fund* (IMF): “*Offshore financial centers*”. IMF, Background paper, 2000.

NORAD (Norwegian Agency for Development): Report 5/2010, *Discussion: How Banks assist capital flight from Africa. A literature review*, Oslo, 2010.

OCDE-Consejo de Europa: Texto del Informe explicativo revisado de la Convención sobre Asistencia Mutua en materia fiscal enmendada por protocolo que entró en vigor en Junio 2011.

BOSTON CONSULTING GROUP: Global Wealth 2011: “*Shaping a new tomorrow*” (June 2011), en www.bcg.com.pl/documents/file77766.pdf

OCDE: *Automatic Exchange of Information, what it is, how it Works, benefits, what remains to be done*, 2012.

Informe de 3 de mayo de 2013 sobre la lucha contra el fraude fiscal, la evasión fiscal y los paraísos fiscales (2013/2060(INI)) Ponente Moka Kleva en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0162+0+DOC+XML+V0//ES>.

OCDE: *Automatic Exchange of Information: The next Step*. 27 de agosto de 2013.

Informe del Observatorio de RSC: Empresas del Ibex 35 en paraísos fiscales en 2013

http://www.observatoriorsc.org/Informe_memoriasRSC_ibex_2013_completo.pdf.

Informe del Senado de EEUU (*Permanent Subcommittee on Investigations*, Carl Levin, Chairman) de 26 de febrero de 2014 “*Offshore tax evasion: the effort to collect unpaid taxes on billions in hidden offshore accounts*”.

Global Health Report 2014: Riding a wave of growth, The Boston Consulting Group, 2014 disponible en https://www.bcgperspectives.com/content/articles/financial_institutions_business_unit_strategy_global_wealth_2014_riding_wave_growth/?chapter=2.

Informe Anual sobre la Gobernanza económica de la Unión Europea, num.2, Consejo Económico y Social de España (CES), 2018, pp. 35-40.

4.3.3 Manuales.

OCDE: Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios, aprobado por Comité de Asuntos fiscales de la OCDE el 23 de enero de 2006.

OCDE: *The CRS implementation Handbook*, disponible en www.oecd.com.

Manual Técnico para la presentación del Modelo 290
http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Modelos_y_formularios/Declaraciones/Modelos_200_al_299/290/FATCA_Presentacion_modelo_290_mediante_servicio_Web_v2_1_AT.pdf.

4.4 Otras fuentes.

4.4.1 Notas de Prensa.

Nota de Prensa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 20 noviembre de 2012.

Nota de Prensa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 22 de noviembre de 2013.

4.4.2 Páginas web.

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD): <https://www.aepd.es/>

MLA Agreement (*Mutual Legal Assistance Agreement*):

<http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?redirect=true&treatyId=5441>

Parlamento Europeo: La lucha contra el fraude y la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Fichas Técnicas sobre la Unión Europea, octubre 2018, en http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.4.6.pdf

Presentación sobre Declaración informativa anual de cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua, modelo 289 mediante servicio web basado en mensajes XML en

https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Modelos_y_formularios/Declaraciones/Modelos_200_al_299/289/CRS-Presentac_289_SWeb.pdf

Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD): <https://edps.europa.eu/>

4.4.3 Recomendaciones

Recomendación del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 2017 al Consejo y a la Comisión a raíz de la investigación sobre el blanqueo de capitales y la elusión y la evasión fiscales (2016/3044 (RSP), DO nº C 369 de 11 de octubre de 2018.

5. JURISPRUDENCIA

A continuación se relaciona la jurisprudencia consultada para la elaboración de este trabajo:

5.1 Internacional

5.1.1 TEDH

STEDH 26-2-09:

As- Grifhorst c.France, ECLI: CE: ECHR: 2009:0226JUD002833602.

STEDH 16-12-10:

As- A.Ovchinnikov c. Rusia, (Application no. 24061/04).

5.1.2 TJUE

- As. C 322/88, ECLI:EU:C:1989:646
- As. C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31
- As. C 136/00, ECLI:EU:C:2002:558
- As. C-11/00, ECLI:EU:C:2003:395
- As. C. 101/01, ECLI:EU:C:2003:596
- As. C-338/01, ECLI:EU:C:2004:253
- As. C-200/02, ECLI:EU :C :2004 :639
- As. C-521/04 P(R), ECLI:EU:C:2005:240
- As. C 196/04, ECLI:EU:C:2006:544
- As. C-349/07, ECLI:EU:C:2008:746
- As. C-212/11, ECLI:EU:C:2013:270
- As. C-460/09 P, ECLI:EU:C:2013:111
- As. C. 131/12, ECLI:EU:C:2014:317
- As. C-220/13 P, ECLI:EU:C:2014:2057
- As. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555
- As. C. 362/14, ECLI:EU:C:2015:650

5.2 Nacional

5.2.1 TC

- STC 76/1990, de 26 de abril ECLI:ES:TC:1990:76A
- STC 214/1994 de 14 de julio, ECLI:ES:TC:1994:214
- STC 194/2000 de 19 de julio, ECLI:ES:TC:2000:194

5.2.2 TS

- STS 974/2012 de 5 dic, ECLI: ES:TS:2012:8701
- STS 5917/2013, de 17 dic, ECLI: ES:TS:2013:5917
- STS 4703/2015, de 18 nov, ECLI:ES:TS:2015:4703
- STS 471/2017, de 23 feb, ECLI:ES:TS:2017:471